

KOLLISIONSRECHTLICHE PROBLEME BEI INTERNATIONALEN DARLEHEN UND ANLEIHEN

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

René M. Schmid

von Thalwil ZH

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Niederer

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau — 1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

KOLLISIONSRECHTLICHE PROBLEME
BEI INTERNATIONALEN DARLEHEN UND ANLEIHEN

KOLLISIONSRECHTLICHE PROBLEME BEI INTERNATIONALEN DARLEHEN UND ANLEIHEN

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

René M. Schmid

von Thalwil ZH

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. W. Niederer

Buchdruckerei Eugen Keller Aarau — 1954

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 23. Januar 1954

Der Dekan:

Prof. Dr. W. Bickel



MEINEN ELTERN

Herrn Prof. Dr. W. Niederer möchte ich an dieser Stelle für die großzügige Freiheit danken, die er mir bei der Gestaltung dieser Arbeit gewährte.

Zürich, im März 1953

R. M. S.

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	9
Bibliographie	13
Abkürzungen	17

1. Abschnitt

Die Anknüpfung bei ausdrücklicher oder stillschweigender Rechtswahl

1. Kapitel

Die doppelte Anknüpfungsmethode des internationalen Obliga- tionenrechts	19
---	----

- I. Überwindung der normlogischen Gegnerschaft der Rechtswahl S. 19
- II. Notwendige Schranken der Rechtswahl S. 20
- III. Auswirkungen auf internationale Darlehen und Anleihen S. 24

2. Kapitel

Die Schranken subjektiver Anknüpfung und die Praxis internatio- naler Darlehen und Anleihen	26
--	----

- I. Allgemeines S. 26
- II. Grenzfälle der schweizerischen und deutschen Praxis S. 27
- III. Französische Praxis S. 28

2. Abschnitt

Die Anknüpfung bei fehlender Rechtswahl durch die Parteien

Grundsätzliche Vorbemerkung	30
---------------------------------------	----

1. Teil

Die objektive Anknüpfung internationaler Darlehen

A. Analytisch-induktive Untersuchung der Gerichtspraxis

1. Kapitel

Der Satz vom engsten räumlichen Zusammenhang als wertendes Kriterium des Bundesgerichts	34
I.—III. Die wertende Anknüpfung durch das Bundesgericht S. 34	
IV.—V. Die Problematik dieser Anknüpfungsregel S. 36	
VI. Der fiktive Charakter dieser Anknüpfung S. 38	
VII. Das Ergebnis S. 39	

2. Kapitel

Der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Borgerers als wertendes Kriterium	40
I. Unabhängige Interpretation der bundesgerichtlichen Praxis S. 40	
II. Verhältnis des induktiv gewonnenen wertenden Kriteriums zur Motivierung des Bundesgerichts S. 45	
III. Interpretation englischer Entscheide nach dem gleichen Grundsatz S. 47	
IV. Die französische und deutsche Praxis S. 51	
V. Das Ergebnis S. 56	

B. Dogmatisch-deduktive Betrachtungen zum wertenden
Kriterium des Mittelpunktes der Lebensbeziehungen
des Borgers

3. Kapitel

Das Dogma von der Territorialität des Rechts als Grundlage des
Satzes vom engsten räumlichen Zusammenhang 57

I. Einleitung S. 57

II. Der Grundsatz der Territorialität des Rechts S. 57

III.—IV. Rechtfertigung des Grundsatzes aus Völkerrecht und Wesen
des Rechts S. 58

V. Grenzen dieses Grundsatzes und ihre Bedeutung für das IPR S. 63

4. Kapitel

Die theoretischen Grundlagen des Kriteriums des Mittelpunktes der
Lebensbeziehungen des Borgers 65

I. Der Grundsatz der Näherberechtigung S. 65

II. Die analoge Subsumierung internationaler Rechtsverhältnisse S. 66

III. Die Rechtfertigung des Kriteriums des Mittelpunktes der Lebens-
beziehungen des Borgers S. 66

2. Teil

Die objektive Anknüpfung internationaler Anleihen

5. Kapitel

Die objektive Anknüpfung internationaler Anleihen in der Praxis 69

I. Formale Interpretation der Anleienspraxis des Bundesgerichts:
Erfüllungsort S. 69

II. Der wertende Grundsatz nach BGE 59 II 361: Recht des Umlauf-
ortes S. 70

III. Analoge Grundsätze in der ausländischen Praxis S. 73

6. Kapitel

Die theoretische Rechtfertigung des wertenden Grundsatzes der internationalen Praxis	75
I. Unterschied zwischen Darlehen und Anleihen S. 75	
II. Wesen der Partialobligation des Anleihens S. 75	
III. Anknüpfung nach der Mehrzahl der Theoretiker S. 76	
IV. Begründung der Lösung der Gerichtspraxis nach der Methode der Analogie S. 77	

3. Abschnitt

Die Fragen des Währungsstatuts

Vorbemerkung	82
------------------------	----

1. Kapitel

Das maßgebliche Währungsrecht	82
I. Währungsstatut oder Obligationsstatut S. 82	
II. Das Währungsrecht als rechtliche Einrichtung S. 86	
III. Ergebnis S. 88	

2. Kapitel

Das Kollisionsrecht der Goldklauselgesetzgebung	89
I. Verhältnis der Goldwertklausel zum Währungsrecht S. 89	
II. Goldklauselverbot als Frage der «illegality» S. 91	
III. Neumeyers Theorie S. 94	

3. Kapitel

Die Aufwertung kollisionsrechtlich betrachtet	98
I. Die herrschende «Schuldtheorie» in der Praxis S. 98	
II. Die Oppositon Nußbaums und Neumeyers S. 102	
III. Die theoretische Begründung der «Schuldtheorie» S. 104	

BIBLIOGRAPHIE

Die in Klammern beigefügten Stichworte dienen zur Unterscheidung der verschiedenen Werke des gleichen Autors, wo dies notwendig wird.

- AGO, Règles générales du droit international privé, Recueil 58 (1936, IV) 327 f.
- ARMINJON, Précis de droit international privé. Paris 2. A. 1927—1934. 2 Bd.
- ARMINJON, La notion des droits acquis en droit international privé, Recueil 44 (1933, II) 59 f.
- ASCARELLI, Währungsrechtliche Fragen in der italienischen Rechtsprechung, ZauslPR 2 (1930) 793 f.
- v. BAR, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes. Hannover 2. A. 1889. 2 Bd.
- BATIFFOL, Les conflits de lois en matière de contrats. Paris 1938.
- BEALE, What Law Governs the Validity of a Contract, 23 Harvard L. R. (1909) 1 f.
- BEALE, The Jurisdiction of a Sovereign State, 36 Harvard L. R. (1923) 241 f.
- BURCKHARDT, Das Geld, ZbJV 71 (1935) 6 f.
- CHESHIRE, Private International Law. Oxford 3. A. 1948.
- COOK, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. Cambridge, Mass. 1949 (Neudruck).
- DAVIES, The Influence of Huber's De conflictu Legum on English Private International Law, 18 BYBIL (1937) 58 f.
- DICEY, A Digest of the Law of England with regard to the Conflict of Laws (by Keith). London 8. A. 1927.
- DIENA, Principi di diritto internazionale. Neapel 1910 II.
- DOMKE, International Loans and the Conflict of Laws. London 1937.
- J. DONNEDIEU DE VABRES, Evolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. Thèse Paris 1937.
- FRANKENSTEIN, Internationales Privatrecht (Grenzrecht). Berlin 1927—1935. 4 Bd.
- FRITZSCHE, Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechtes, ZSR NF 44 (1925) 220a f.
- GUGGENHEIM, Lehrbuch des Völkerrechts. Basel 1948. I.
- GUTZWILLER, Internationales Privatrecht, in: Stammler, Gesamtes deutsches Recht. Berlin 1931, 1515—1661.

- GUTZWILLER, Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften. Freiburg i. U. 1940.
- GUTZWILLER UND NIEDERER, Beiträge zum Haager International-Privatrecht 1951. Freiburg i. U. 1951.
- HAMEL, L'application des lois monétaires annulant les clauses-or, et les principes des conflits de lois, NRDIP IV (1937) 499 f.
- HAUDEK, Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht. Berlin 1931.
- HENGGELE, Die Abwertung des Schweizerfrankens und ihre Wirkung auf Zivilrechtsverhältnisse, ZSR NF 57 (1938) 158a f.
- HOMBERGER, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts. Bern 1925.
- HERZFELD, Kauf und Darlehen im internationalen Privatrecht. Basel 1933.
- JITTA, La substance des obligations dans le droit international privé. Haag 1906. 2 Bd.
- KAHN, Abhandlungen zum internationalen Privatrecht (herausg. v. Lenel und Lewald). München-Leipzig 1928. 2 Bd.
- KAYSER, L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française. Clunet 1931, 32 f.
- KELSEN, Reine Rechtslehre. Wien 1934.
- KELSEN, Théorie générale du droit international public, Recueil 42 (1932, IV) 121 f.
- KELSEN, General Theory of Law and State. Cambridge, Mass. 1949 («General Theory»).
- LAINE, Introduction au droit international privé. Paris 1888—1892. 2 Bd.
- LEONHARD, Erfüllungsort und Schuldort. Bonn 1907.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, Précis de droit international privé. Paris 2. A. 1933.
- LEWALD, Deutsches internationales Privatrecht. Leipzig 1931.
- MANN, The Proper Law and Illegality in Private International Law, 18 BYBIL (1937) 97 f.
- MEILI, Internationales Civil- und Handelsrecht. Zürich 1902. 2 Bd.
- MELCHIOR, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts. Berlin-Leipzig 1932.
- MICHAELI, Internationales Privatrecht. Stockholm 1948.
- MORRIS, Cases on Private International Law. Oxford 2. A. 1951.
- MOSER, Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht. St. Gallen 1938.
- MÜLLER, Währung und Recht, ZSR NF 43 (1924) 95a f.
- NEUNER, Die Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Recht des Schuldners, ZauslPR 2 (1928) 108 f.
- NEUMEYER, Internationales Verwaltungsrecht. München-Berlin, Zürich 1910—1936. 4 Bd.

- NIBOYET ET PILLET, Manuel de droit international privé. Paris 2. A. 1928.
- NIBOYET, Traité de droit international privé français. Paris 1939—1950. 7 Bd.
- NIBOYET, L'universalité des règles de solution des conflits est elle réalisable sur la base de la territorialité?, *Revue critique* 39 (1950) 509 f.
- NIEDERER, Die Parteiautonomie in der neueren Praxis des Bundesgerichts im schweizerischen internationalen Obligationenrecht, *ZSR NF* 59 (1940) 239 f.
- NIEDERER, Die Spaltung des Vertrages im schweizerischen internationalen Obligationenrecht, *ZSR NF* 60 (1941) 221a f.
- NIEDERER, Das Internationale Privatrecht und das Völkerrecht, *Jahrbuch der schweizerischen Vereinigung für internationales Recht* V (1948) 63 f.
- NIEDERER, Kollisionsrechtliche Probleme bei internationalen Anleihen, in: *Festgabe für E. Großmann*, Zürich 1949.
- NUSSBAUM, *Das Geld*. Tübingen 1925 («Geld»).
- NUSSBAUM, *Bilanz der Aufwertungstheorie*. Tübingen 1929.
- NUSSBAUM, *Deutsches internationales Privatrecht*. Tübingen 1932 («IPR»).
- NUSSBAUM, The Comparative and International Aspects of American Gold Clause Abrogation, 44 *Yale L. J.* (1934) 53 f.
- NUSSBAUM, *Private International Law*. New York 1943 («P.I.L.»).
- NUSSBAUM, *Money in the Law*. New York 1950 («Money»).
- PERROUD, De la loi applicable aux conditions de la validité des contrats, *Clunet* 1933, 289 f.
- PILLET, *Principes de droit international privé*. Paris 1903.
- PLESCH, *Die Goldklausel*. Wien 1936.
- RAAPE, *Internationales Privatrecht*. Berlin 3. A. 1950.
- RABEL, Rechtsvergleichung und internationale Rechtssprechung, *ZauslPR* 1 (1927) 5 f.
- RABEL, Golddollarvereinbarungen mit Vereinbarung von New Yorker Recht, *ZauslPR* 10 (1936) 492 f.
- RABEL, *The Conflict of Laws: a Comparative Study*. Ann Arbor-Chicago 1945—1950. 3 Bd. («Conflict»).
- REICHEL, Die Markaufwertung nach schweizerischem Recht, *ZSR NF* 48 (1929) 170 f.
- REISS, La portée internationale des lois interdisant la clause-or. Thèse Paris 1936.
- RESTATEMENT of the Law of Conflict of Laws, American Law Institute. St. Paul 1934 («Restatement»).
- SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin 1849 VIII.
- SCHLEGELBERGER, Die Aufwertung im internationalen Privatrecht, *ZauslPR* 3 (1929) 869 f.

- SCHNITZER, Handbuch des internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts. Basel 1938.
- SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts. Basel 3. A. 1950. 2 Bd.
- STORY, Commentaries on the Conflict of Laws. Boston 8. A. 1883 (by Bigelow).
- VALERY, Manuel de droit international privé. Paris 1914.
- VERDROSS, Völkerrecht. Wien 2. A. 1950.
- WHARTON, Private International Law (by Parmele). Rochester 3. A. 1905. 2 Bd.
- WITENBERG, Les décrets-lois polonaises de valorisation des dettes et créances d'avant-guerre et l'ordre public français, Clunet 56 (1929) 591 f.
- WOLFF, Private International Law. Oxford 1945 («P.I.L.»).
- WOLFF, Internationales Privatrecht. Berlin 3. A. 1950 («I.P.R.»).
- ZITELMANN, Internationales Privatrecht. Leipzig 1897. 2 Bd.
- ZITELMANN, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, in: Festgabe für K. Bergbohm. Bonn 1919.

ABKÜRZUNGEN

A.	= Auflage.
A.C.	= English Law Reports, Appeal Cases.
Aff.	= Bestätigt (affirmed).
All E.R.	= All England Law Reports.
AS	= Amtliche Sammlung der Bundesgesetze.
BG	= Bundesgesetz.
BGE	= Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
BIZR	= Blätter für Zürcherische Rechtssprechung.
Bulletin	= Bulletin de l'Institut juridique international, Leyde.
Burr.	= Burrow, English King's Bench Reports.
Cass. civ.	= Chambre civile de la Cour de cassation.
Cass. req.	= Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Ch. D.	= English Law Reports, Chancery Division.
Clunet	= Journal du droit international (Clunet).
Cour cass. belge	= Cour de cassation de Belgique.
D.	= Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
D. H.	= Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D. i. p.	= Droit international privé.
Dt.	= Deutsche(s).
Foro it.	= Il foro italiano.
H.	= Holm, Nytt Juridiskt Archiv I (Schweden).
Harvard L. R.	= Harvard Law Review.
H. D.	= Högsta domstolen (Schweden).
H. L.	= House of Lords.
H. R.	= Hooge Raad (Holland).
IPR	= Internationales Privatrecht.
IPRspr.	= Die deutsche Rechtssprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts (Beilage zu ZauslPR).
JW	= Juristische Wochenschrift (Deutschland).
K. B.	= English Law Reports, King's Bench.
K. G.	= Kammergericht.
N	= Note.
NF	= Neue Folge.

NRDIP	= Nouvelle revue de droit international privé (La Pradelle).
OGH	= Oberster Gerichtshof (Österreich).
OR	= Obligationenrecht.
P.	= English Law Reports, Probate Division.
Ph.	= Philipps, English Chancery Reports.
P.I.L.	= Private International Law.
Publ. Perm. Court	= Publications of the Permanent Court of International Justice, The Hague.
Recueil	= Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye.
Revue critique	= Revue critique de droit international privé (Niboyet).
RG	= Reichsgericht.
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
S.	= Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.
T.L.R.	= Times Law Reports.
Trib.	= Tribunal, Tribunale.
U.S.C.A.	= Code of the Laws of the U.S.A., Annotated.
Yale L.J.	= Yale Law Journal.
ZauslPR	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Rabel).
ZbJV	= Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB	= Zivilgesetzbuch, Schweizerisches.
ZSR	= Zeitschrift für schweizerisches Recht.

I. ABSCHNITT

DIE ANKNÜPFUNG BEI AUSDRÜCKLICHER ODER STILLSCHWEIGENDER RECHTSWAHL

Die Antinomie beruht, wie jede Antinomie, auf dem formellen Denken, das die beiden Momente einer Idee getrennt, jedes für sich, damit der Idee nicht angemessen und in seiner Unwahrheit, festhält und behauptet.

Hegel

1. KAPITEL

DIE DOPPELTE ANKNÜPFUNGSMETHODE DES INTERNATIONALEN OBLIGATIONENRECHTS

I. Die Opposition der herrschenden kontinental-europäischen¹ wie amerikanischen² Lehre gegen die kollisionsrechtliche Parteiautonomie hat seit den dreißiger Jahren viel von ihrer ohnehin nur theoretischen Bedeutung verloren, nachdem eine Gruppe kritischer Autoren³ durch Widerlegung der traditionellen, normlogischen Argumente der Gegner der Parteiautonomie einer Gerichtspraxis zu Hilfe geeilt ist, die allgemein und fast ausnahmslos seit je die molinäischen Grundsätze hochhielt. Die 7. Haager Konferenz hat mit ihrer Annahme einer unbeschränkten

¹ U. a. Lewald, Gutzwiller, Homberger, Bar, Zitelmann, Frankenstein, Jitta, Niboyet, Arminjon. Vgl. Melchior, Grundlagen des dt. IPR (Berlin 1932) 500 N 1; Batiffol, Conflits des lois en matière des contrats (Paris 1938) 11 N 1.

² Wesentlich Minor, Goodrich, Lorenzen, Beale. Vgl. Cook, Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws (Cambridge, Mass. 1949; Neudruck), 389 f.

³ Rabel, Rechtsvergleichung und intern. Rechtssprechung, ZauslPR 1 (1927) 11 f.; Neuner, Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Recht des Schuldners, ZauslPR 2 (1928) 130 f.; Haudek, Bedeutung des Parteiwillens im IPR (Berlin 1931); Kayser, Autonomie de la volonté en d. i. p. dans la jurisprudence française, Clunet 1931, 32 f.; Melchior, op. cit., 524 f.; Nußbaum, Deutsches IPR (Tübingen 1932), 215, 243; Lerebours-Pigconnière, Précis de d. i. p. (Paris 2. A. 1933), 216, 252; Batiffol, op. cit., 11 f.; Cook, op. cit., 389 (Neudruck aus 32 Illinois L. R. [1938] 899 f. und 34 Illinois L. R. [1939] 423 f.); Niederer, Parteiautonomie i. d. neueren Praxis des Bundesgerichts im schweiz. intern. OR, ZSR NF 59 (1940) 239 f. Weiterentwicklung dieser modernen Strömung vgl. die eingehende Arbeit: Moser, Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im int. OR (St. Gallen 1938), 167 f.

Parteiautonomie im Gebiet des internationalen Kaufrechts⁴ den Wandel der herrschenden Meinung durch das Ferment dieser modernen Bestrebungen zum Ausdruck gebracht.

II. Aktuell geblieben ist jedoch die Frage der Grenzen der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, also das Verhältnis von subjektiver und objektiver Anknüpfung. In dieser Problematik bewegt sich die Theorie noch mit einer gewissen Unsicherheit.

Notwendiger Ausgangspunkt der Diskussion der Grenzen der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie muß die grundlegende Erkenntnis des polaren Aufbaus des internationalen Obligationenrechts darstellen. Zu Recht hat man die eindimensionalen Konstruktionen dieses Teils des IPR, sei es auf der Basis subjektiver oder objektiver Anknüpfung, in der Gegenwart in weitem Maße Preis gegeben. Zu Recht haben beispielsweise das Bundesgericht und die englischen obersten Gerichte die Theorie des heuristischen Parteiwillens und damit den Versuch der eindimensionalen Lösung der Fragen des internationalen Obligationenrechts auf rein subjektiver Basis aufgegeben. Zu Recht ist, wie erwähnt, die vollständige Ablehnung jeder subjektiven Rechtswahl durch die ältere Theorie verschwunden. Die antinomische Spannung zwischen nationalen und internationalen Elementen des internationalen Schuldverhältnisses ruft unabweisbar nach einer dialektischen, polaren Lösung⁵. Das internationale Obligationenrecht ist ein immanenter, lebendiger Kompromiß zwischen seiner internationalen und nationalen Funktion, wie es die Wirklichkeit notwendig macht, wo internationale Geschäfte durch nationale Rechtsordnungen normiert werden sollen. Aus der Erkenntnis des Ausbalancierens dieser beiden Interessen muß die Abgrenzung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie gewonnen werden.

Ausdruck dieser Polarität ist einmal die Beschränkung der Parteiautonomie auf die ausdrückliche oder stillschweigende Rechtswahl der Parteien. Nur unter der Annahme, daß ein internationales Rechtsverhältnis objektiv, d. h., wie ein nationales angeknüpft werden kann und soll, ist es erlaubt, von der Anknüpfung an den mutmaßlichen Parteiwillen als einer Fiktion zu sprechen. Würde man von der eindimensionalen Vorstellung ausgehen, daß internationale Rechtsverhältnisse nur durch Unterwerfung unter ein nationales Recht subsumierbar wären, so wäre auch der mutmaßliche Parteiwille eine durchaus vertretbare Anknüpfung. Sie wird erst dann problematisch, wenn man neben die internationale Seite jedes internationalen Schuldverhältnisses deren nationale Verankerung stellt und von da aus die objektive Anknüpfung, wie

⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Entwurfes der Konferenz und ZauslPR 17 (1952) 169.

⁵ Über die theoretisch-philosophischen Grundlagen vgl. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur (Zürich 3. A. 1950), 7 f.

sie für nationale Schuldverhältnisse selbstverständlich ist, fordert. Geht man von dieser Seite der Frage aus, so zeigt sich das Problem der subjektiven Anknüpfung ganz anders und drängt eine Lösung auf, die Cheshire sehr klar sieht, wenn er erklärt:

«In effect this generally means that the proper law is that with which the contract is factually most closely connected. With this method of approach the chief value of an express choice by the parties appears to lie where the points of contact are indecisive.» ⁶

Die ausdrückliche Rechtswahl durch die Parteien spielt bei objektiver Anknüpfung nur die Rolle eines faktischen internationalen Elements, wie die Vereinbarung eines fremden Erfüllungsortes ein solches zu berücksichtigendes Anknüpfungsfaktum darstellt. Diesen beiden Lösungen gegenüber gestattet die polare Lösung richtig die Herrschaft des Parteiwillens, soweit die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend ein Recht gewählt haben und verlangt objektive Anknüpfung, soweit jede Rechtswahl unterblieb: Jedes Schuldverhältnis wird (objektiv) unter den nationalen Subsumptionskreis eines Rechts gestellt, auch das internationale. Um aber den Interessen des internationalen Verkehrs, der Internationalität des Geschäftes Rechnung zu tragen, wird den Parteien freigestellt, soweit sie es für notwendig erachten, ausdrücklich ein anderes, ihnen am besten passendes Recht zu wählen.

Die Bedeutung der Polarität geht noch weiter. Sie ist auch wesentlich für die Frage, ob die kollisionsrechtliche Parteiautonomie schrankenlos, d. h. willkürlich gehandhabt werden kann, ob die Parteien kraft ihrer kollisionsrechtlichen Parteiautonomie jegliches Recht wählen und jegliche Norm der objektiv maßgeblichen Rechtsordnung durch ihren Willen derogieren können. Auch hier ist wiederum zu verhüten, die Aufmerksamkeit und das Gewicht nur auf eines der beiden polaren, auszubalancierenden Interessen zu verlegen, wie es m. E. diejenigen tun, die eine schrankenlose, absolute kollisionsrechtliche Parteiautonomie postulieren. Je extremer die Forderungen der Befürworter der Parteiautonomie in der Praxis verwirklicht werden, umso mehr werden dadurch automatisch in einem so nationalistischen Zeitalter wie dem unsrigen die korrigierenden Gegengewichte in Form des *ordre public* auftreten, um das Gleichgewicht des Kompromisses zwischen nationalem und internationalem Element der internationalen Schuldverhältnisse wieder herzustellen. Nicht zu Unrecht hat Kahn ⁷ daher erklärt, daß sich in weitem Maße hinter der Anwendung des *ordre public* ein noch unvollständiger, unfertiger Teil des IPR berge.

⁶ Cheshire, *Private International Law* (Oxford 3. A. 1948), 326.

⁷ Kahn, *Abhandlungen zum IPR* (München 1928, Neudruck), I 251.

Selbstverständlich kann angesichts des herrschenden Postulats einer einheitlichen Anknüpfung eine bestimmte Beschränkung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie nicht bedeuten, daß einzelne zwingende Normen des objektiv maßgeblichen Rechts trotz einer anders lautenden Parteiwahl anwendbar wären, soweit nicht Interessen des *ordre public* zur Frage stehen. Es würde eine saubere Trennung zwischen materiell-rechtlicher und kollisionsrechtlicher Parteiautonomie, die ganz verschiedene Funktionen haben, fehlen. Ebenso scheint mir mit Rabel⁸ aus der ratio der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie die Fragwürdigkeit einer von einigen Autoren⁹ und Entscheiden¹⁰ vertretenen Beschränkung im Sinne eines *numerus clausus* der von den Parteien wählbaren Rechtsordnungen, z. B. nur der Rechtsordnungen, zu denen das Geschäft gewisse engere Kontakte aufweist, hervorzugehen. Der internationale Aspekt eines internationalen Schuldverhältnisses soll durch die subjektive Rechtswahl berücksichtigt werden, indem es den Parteien frei stehen soll, ein für sie passenderes Recht als das objektiv maßgebliche zu wählen, womit den Bedürfnissen des internationalen Verkehrs Rechnung getragen wird. Die nationalen Aspekte des internationalen Rechtsverhältnisses finden bei fehlender anderer Rechtswahl, in der objektiven Anknüpfung ihren Ausdruck. Es ist dabei wenig ersichtlich, inwiefern über dies hinaus noch die nationalen Aspekte des Rechtsverhältnisses bei der autonomen Rechtswahl im Sinne einer Beschränkung der Zahl der wählbaren Rechtsordnungen Berücksichtigung finden sollen, nachdem schon die einzige objektiv maßgebliche Rechtsordnung ausgeschlossen werden kann. Alle entgegengesetzten Anschauungen tragen der notwendigen Ausbalancierung der nationalen wie internationalen Seite der Anknüpfung nicht voll Rechnung.

Schranken der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie sind dagegen notwendig bezüglich des Kreises von Rechtsverhältnissen, denen die Rechtswahl zustehen soll. Es ist unbestritten und folgt aus dem Sinn der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie, daß sie rein nationalen Rechtsverhältnissen nicht zustehen kann. Die Lage der Unterscheidungslinie zwischen nationalem und internationalem Tatbestand wird aber im allgemeinen zu wenig genau bestimmt. Ganz grob werden Tatbestände mit irgendwelchen internationalen Aspekten dem Kollisionsrecht unterstellt und ihnen gleichzeitig die rein nationalen Tatbestände als etwas völlig getrenntes gegenübergestellt. Wenig beachtet wird dagegen, daß eine wesentliche Gruppe internationaler Schuldverhältnisse internationale

⁸ Rabel, *Conflict of Laws* (Chicago 1945—50), II 408.

⁹ Wharton, *Private International Law* (Rochester 3. A. 1905), II 1210; Haudek, *op. cit.*, 39; Melchior, *op. cit.*, 506; Wolff, *Private International Law* (Oxford 1945), 424; Batiffol, *op. cit.*, 52.

¹⁰ Vgl. Rabel, *op. cit.*, II 402 N 38—41.

Züge aufweist, die nur unwesentliche Bedeutung besitzen und die daher diesen Rechtsverhältnissen ihren nationalen Charakter nicht zu entreißen vermögen ¹¹. Hier erneut erhält die Erkenntnis des polaren Charakters der Anknüpfung und dessen Ursachen ihre Bedeutung: Betrachtet man die internationalen und nationalen Tatbestände insgesamt im Lichte der im internationalen Obligationenrecht widerstreitenden nationalen und internationalen Aspekte der Rechtsverhältnisse und der damit verbundenen Aufteilung der Anknüpfung in subjektive und objektive Rechtsbestimmung, so treten sofort scharf die Grenzen zwischen denjenigen Tatbeständen, denen eine subjektive Rechtswahl zustehen muß, und jenen, denen diese abgelehnt werden muß, hervor und diese Grenze ist nicht gering verschoben gegenüber der vorgenannten, unscharfen Trennung der Tatbestände in rein nationale und den Rest, der dem Kollisionsrecht untersteht. Das aber bedeutet, daß nicht alle Tatbestände, auf die das Kollisionsrecht anwendbar ist, zu kollisionsrechtlicher Parteiautonomie Anlaß geben können, daß diese Parteiautonomie daher in diesem Sinne beschränkt bleiben muß ¹². Nicht allein bei rein nationalen Tatbeständen, denen jegliche internationale Züge fehlen, sondern auch bei jenen Tatbeständen, die nur unwesentlich internationale Züge aufweisen, bestehen keine Bedürfnisse der Berücksichtigung internationaler Verkehrsinteressen und ist daher allein die objektive Anknüpfung gerechtfertigt, weil hier die polare Methode nicht notwendig ist. Die internationalen Züge der zweitgenannten Tatbestände mögen in einem gewissen Sinn kollisionsrechtliche Fragen aufwerfen, während die Anknüpfung rein nationaler Tatbestände völlig sichersteht, eine subjektive Anknüpfung rechtfertigt sich in beiden Fällen nicht. Wird, wie dies nach herrschender Lehre geschieht, nicht so exakt zwischen wirklich internationalen Tatbeständen einerseits und den wesentlich oder rein nationalen Tatbeständen anderseits unterschieden, wird vielmehr auch ein nur unwesentlich internationales Rechtsverhältnis zu den wesentlich internationalen Rechtsverhältnissen gezählt und die kollisionsrechtliche Parteiautonomie fragwürdigerweise auch auf nur unwesentlich internationale Rechtsverhältnisse ausgedehnt, so entsteht die Gefahr der fraude à la loi, der Gesetzesumgehung durch autonome Rechtswahl. Durch für die Parteien und das Geschäft unbedeutende Vorkehrungen im Sinne der Schaffung unwesentlicher internationaler Züge des Tatbestandes werden die Parteien in den Vorzug der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie und damit automatisch in den Stand versetzt, durch Rechtswahl die na-

¹¹ Nähere Ausführungen vgl. man unten S. 63.

¹² «Die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Tatbestand erscheint somit als ein Angelpunkt der erfolgreichen Lösung des Parteiautonomie-Problems;» erklärt Moser (op. cit., 200) zutreffend.

tionalen Gesetze zu umgehen, nachdem bei diesen Rechtsverhältnissen kein größeres Bedürfnis nach Maßgeblichkeit fremden Rechts besteht als bei rein nationalen Schuldverhältnissen. Ist dagegen das Rechtsverhältnis in einem wesentlichen Punkt international, so kann wegen der internationalen Funktion des Geschäftes eine Rechtswahl durch die Parteien gar keine Gesetzesumgehung bedeuten. Eine Schaffung wesentlicher internationaler Züge eines Tatbestandes zum Zwecke der Gesetzesumgehung hätte nur entweder den richtigen Effekt, ein internationales Geschäft zu schaffen und würde somit keine Gesetzesumgehung bedeuten oder würde aber als Simulation erscheinen¹³ und damit gar nicht wirksam sein. Eine Gesetzesumgehung ist daher bei den eigentlich internationalen Rechtsverhältnissen durch die Parteiautonomie gar nicht denkbar.

Die eigentliche kollisionsrechtliche, d. h. polare Anknüpfung, hat ihre Berechtigung allein bei den wesentlich internationalen Tatbeständen¹⁴. Die subjektive Rechtswahl ist rechtspolitisch allein dort gerechtfertigt, wo ein Geschäft vorliegt, das «*met en jeu des intérêts de commerce international*», wie sich die französische Cour de cassation¹⁵ ausgedrückt hat. Eine Ausdehnung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie über diese Beschränkung hinaus ruft der Gefahr der Gesetzesumgehung durch die Rechtswahl.

III. Wie wir im folgenden Abschnitt¹⁶ näher ausführen werden¹⁷, sind bei Darlehen der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen der Parteien, z. B. der Wohnsitz, bei Anleihen Sitz des Anleihennehmers und Emissionsort die maßgeblichen Indizien der Lokalisierung dieser Rechtsverhältnisse in einer Sozialsphäre: Solange bei Darlehen der maßgebliche Mittelpunkt der Lebensbeziehungen der Parteien oder bei Anleihen Sitz des Emittenten und Emissionsort in der gleichen Sozialsphäre liegen, erscheinen diese Rechtsverhältnisse als zumal wesentlich nationale Beziehungen, gleichgültig, ob sich daneben ein ausländischer Vertragsabschluß- oder Erfüllungsort findet. Ein langfristiges Darlehen beispielsweise, dessen Parteien in der Schweiz domiziliert sind, erscheint als na-

¹³ Kayser, op. cit., 57; Niboyet-Pillet, Manuel de d. i. p. (Paris 2. A. 1928), 586.

¹⁴ In dieser Richtung verstehe ich auch die Ausführungen Mosers (op. cit., 195 f., insbes. 200).

¹⁵ Cass. civ. 19.2.1930 und 27.1.1931 (S. 1933.1.41). Die Einwendungen Batiffolls (op. cit., 64) gehen m. E. nicht dagegen, daß das Gericht hier auf die wesentliche Voraussetzung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie hinweist, sondern darauf hin, daß strenge Anforderungen an ein Kriterium der Internationalität eines Geschäftes gestellt werden, was ganz in unserer Linie liegt.

¹⁶ Vgl. unten S. 30 f.

¹⁷ Es ist hier unvermeidlich, Ergebnisse der in Abschnitt 2 dieser Arbeit vorgenommenen Untersuchung vorausnehmend vorauszusetzen.

tionales Darlehen im strengeren Sinn, auch wenn es im Ausland abgeschlossen oder dort rückzahlbar sein sollte. Ein solches Darlehen mag zwar internationale Züge aufweisen, diese sind in einem solchen Fall aber unwesentlich, sekundärer Bedeutung. Ein eigentlich internationales Darlehen liegt allein dann vor, wenn beispielsweise das Domizil, unter Umständen auch der Aufenthaltsort¹⁸, der einen Partei in einem anderen Staat als demjenigen des Domizils der Gegenpartei liegt. Wenn eine in Frankreich domizilierte Person mit einer in der Schweiz domizilierten Person in Frankreich ein Darlehen abschließt, dann handelt es sich um ein Geschäft des internationalen Kreditverkehrs. Wenn dagegen zwei in der Schweiz Domizilierte ebenfalls in Frankreich während einer Ferienreise ein langfristiges Darlehen abschließen, dann liegt keine internationale Transaktion vor, sondern ein ebenso wesentlich nationales Geschäft wie beim rein nationalen Tatbestand, der keinerlei internationale Züge aufweist. Nach herrschender Lehre würden aber diese Geschäfte bezüglich der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie verschieden zu behandeln sein, indem im Falle des ausländischen Vertragsabschlusses es den Parteien freistehen würde, das maßgebliche Recht selbst zu wählen und somit das zwingende Recht der objektiv maßgeblichen Rechtsordnung auszuschließen. Eine solche Regelung muß fragwürdig erscheinen. Weder beim rein nationalen Darlehen oder Anleihen, noch beim wesentlich nationalen Darlehen oder Anleihen besteht ein legitimes Bedürfnis der Rechtswahl, weil es sich nicht um internationale Geschäfte handelt. Halten wir uns folgenden hypothetischen Fall vor Augen: Ein in der Schweiz domizilierter Darleiher X beabsichtigt einer in Südamerika domizilierten Firma ein beachtliches Darlehen zu gewähren. Nehmen wir weiterhin an, daß in Zusammenhang mit währungspolitischen Wirren der südamerikanische Staat ein Goldklauselverbot erlassen habe. Der schweizerische Darleiher wird eine Investition nur dann wagen, wenn er eine weitgehende Garantie dafür erhält, daß er sein Kapital bei der Rückzahlung möglichst unversehrt wieder zurück erhält und es nicht durch zu erwartende Währungsmanipulationen verloren gehen wird, wozu eine Goldklausel dienlich wäre. Ohne Goldklausel wird ihm diese ausländische Investition, mit ihrem wesentlich erhöhten Risiko, zu gefährlich erscheinen. Objektiv wäre das Recht des südamerikanischen Staates maßgeblich, das eine Goldklausel verbietet. Unzweifelhaft würde dadurch dieses internationale Kreditgeschäft und die Mehrzahl der übrigen, gleichen Geschäfte verhindert, das Interesse des internationalen Kapitalmarktes stark beeinträchtigt. Aus diesem Grunde soll den Parteien die Rechtswahl zustehen, unser Darleiher X kann die Maßgeblichkeit schweizerischen Rechts zur Grundbedingung seiner Offerte machen

¹⁸ Je nachdem, was in casu als Mittelpunkt der Tätigkeit der Parteien erscheint.

und eine Goldklausel vereinbaren. Stellen wir uns nun aber vor, unser X sei ein ebenfalls in jenem südamerikanischen Staate Domizilierter, habe aber den Vertrag mit dem Borger auf einer gemeinsamen Geschäftsreise in den USA abgeschlossen. Hier stehen offensichtlich keine Bedürfnisse des internationalen Verkehrs auf dem Spiel: Beide Parteien leben unter gleichem, südamerikanischem Recht, gehören der gleichen Wirtschaft an und der Darleiher geht nicht das erhöhte Risiko des ausländischen Darleihers, der in einer anderen Wirtschaft steht, ein. Wenn der südamerikanische Staat zur Stützung seiner Währungsmaßnahme und zum gerechten Ausgleich ein Verbot der Goldklausel für notwendig erachtete, so muß dieses Verbot, wenn es gelten soll, auch in diesen Fällen, die sich von rein nationalen Geschäften nicht unterscheiden, anwendbar sein. Es bestehen keine legitime Gründe, diese Geschäfte anders zu behandeln. Es wäre sonst für die Parteien ein leichtes, durch Verlegung des Abschlusses knapp über die Grenzen des Staates sich dem Goldklauselverbot zu entziehen und durch Rechtswahl diese zwingende Vorschrift zu umgehen.

Entsprechend erscheint es rechtspolitisch notwendig, bei Darlehen und Anleihen nur dann die kollisionsrechtliche Parteiautonomie gelten zu lassen, wenn die maßgeblichen Mittelpunkte bzw. der Mittelpunkt des Anleihennehmers und der Emissionsort in zwei verschiedenen Sozialsphären liegen und so ein wirklich internationales Geschäft vorliegt. Nur in diesem Fall hat das internationale Privatrecht der Spannung zwischen nationalem und internationalem Aspekt eines Geschäfts Rechnung zu tragen.

2. KAPITEL

DIE SCHRANKEN SUBJEKTIVER ANKNÜPFUNG UND DIE PRAXIS INTERNATIONALER DARLEHEN UND ANLEIHEN

I. Die Fälle ausdrücklicher *professio iuris* bei Darlehen und Anleihen, die vor Gericht gelangen, sind nicht allzu zahlreich, selbst auf dem Gebiet der internationalen Anleihen. Vor allem hält es schwer, in der Gerichtspraxis die Grenzfälle nachzuweisen, die für die theoretischen Fragen die wertvollsten sind, weil hier die Grundsätze der Gerichte am deutlichsten zu Tage treten und sich hier auch die Folgen dieser Grundsätze am eindringlichsten darbieten.

So weist die Praxis des Bundesgerichts bezüglich Darlehen und Anleihen nur einen einzigen Entscheid, BGE 68 II 203, auf, in welchem es sich mit einer ausdrücklichen Rechtswahl zu befassen hatte. Da es

sich beim Tatbestand aber um ein durch einen in Deutschland domizilierten Anleihennehmer in Amerika placiertes Anleihen handelt, ein Fall eines wirklich internationalen Geschäftes, so gibt die Anerkennung der Rechtswahl in diesem Fall wenig Aufschluß darüber, ob das Gericht die Rechtswahl bei allen irgendwie internationalen Darlehen oder Anleihen zulassen wird.

II. Zwei interessante Grenzfälle finden sich dagegen in der kantonal-zürcherischen und der Praxis des Reichsgerichts.

In einem problematischen Entscheid vom 1.3.1926 ¹⁹ befaßt sich das zürcherische Kassationsgericht mit folgendem interessanten Tatbestand: Zwei in Rußland lebende, dort domizilierte Schweizer schlossen in den Anfängen des kommunistischen Regimes in Rußland ein dort zu erfüllendes Darlehen ab. Der Vertrag verstieß bezüglich der Höhe der Darlehenssumme gegen die geltenden Sowjetgesetze, die nur Darlehen bis zu einer bestimmten Höhe zuließen. Das Kassationsgericht erachtete den Vertrag dennoch als rechtsgültig, weil die Parteien stillschweigend ausländisches Recht als maßgeblich vereinbart hätten. Eine Rechtsumgehung stoße zwar grundsätzlich an den schweizerischen *ordre public*; die Rechtswahl sei jedoch in casu dennoch beachtlich, weil die Parteien bei Vertragsabschluß auf eine Beseitigung der erst seit kurzem und durch revolutionäre Gewalt zur Macht gelangten Sowjetregierung hofften und sich daher nicht dem Recht dieser Regierung unterstellen wollten. Im Falle des Reichsgerichts ²⁰ dagegen handelt es sich um ein in den Anfängen der Revolution in Sibirien zwischen einem dort domizilierten dänischen Händler und zwei dort internierten, deutschen Kriegsgefangenen abgeschlossenen Darlehen, das in Dänemark, wohin der Darleiher zurückzukehren beabsichtigte, zurückzahlbar ist. Das Reichsgericht nahm hier eine stillschweigende Wahl des dänischen Rechts an, weil die Parteien sich nicht dem unsicher gewordenen zaristischen Recht unterstellen wollten und beide Teile danach trachteten, das unruhig gewordene Land zu verlassen.

Die Argumentation der Gerichte in beiden Fällen erscheint reichlich gesucht, worauf schon hinweist, daß das sogenannt «stillschweigend gewählte» Recht im Zürcher Entscheid offen gelassen ist, während das Reichsgericht nach einigem Zögern dänisches Recht als gewählt betrachtet, das Recht des Erfüllungsortes, zu welchem Recht es auch bei formaler objektiver Anknüpfung gelangt wäre. Mit Moser ²¹ bin ich der Ansicht, daß sich diese Urteile in Wirklichkeit höchstens dadurch rechtfertigen lassen, daß das objektiv maßgebliche russische Recht aus Grün-

¹⁹ BIZR XXVI No. 55 (136 f.).

²⁰ RG 12.3.1928, JW 1928, 1196.

²¹ Moser, op. cit., 43.

den des schweizerischen bzw. deutschen ordre public nicht angewandt wurde. Für unsere Frage nach den Grenzen der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie bieten die beiden Entscheide abschreckende Beispiele: In beiden Fällen handelt es sich um wesentlich nationale Darlehen. Im ersten Fall besteht das internationale Element allein in der fremden Nationalität der Parteien, im letzteren Fall noch zusätzlich in einem ausländischen Erfüllungsort. Ein legitimes Bedürfnis zur kollisionsrechtlichen Parteiautonomie besteht in beiden Tatbeständen ebensowenig wie in rein nationalen Darlehen. Ein zwischen zwei Schweizern, die in Rußland leben, dort abgeschlossenes und dort zu erfüllendes Rechtsverhältnis spielt sich völlig in der russischen Sozialsphäre ab und kann beim besten Willen nicht als internationale Transaktion angesprochen werden, die den nationalen Rahmen der objektiven Anknüpfung sprengt. Gleich verhält es sich im zweiten Fall. Ob ein Darlehen in Sibirien zwischen zwei dort ansässigen Russen abgeschlossen und erfüllbar ist oder ob die Parteien ausländischer Nationalität sind und die Rückzahlung zur Erleichterung des Inkassos durch den Darleiher in Dänemark, wo sich dieser hinbegeben will, geschehen soll, ändert an der Tatsache nichts, daß in beiden Fällen keine Interessen des internationalen Kapitalverkehrs existierten. Nimmt man das letztere Beispiel aus seinem etwas besonderen Zusammenhang heraus und stellt man es sich in der Schweiz zwischen hier domizilierten russischen Emigranten einerseits und einem amerikanischen Darleiher andererseits abgeschlossen vor, während die Rückzahlung in den USA erfolgen soll, so dürfte, soweit der Darleiher ebenfalls in der Schweiz ansässig wäre, kein Zweifel bestehen, daß man nicht von einer internationalen Kapitalbewegung sprechen könnte, ebensowenig wie durch den Umstand, daß die Parteien ungleiche Nationalität haben, eine Erhöhung des spekulativen Risikos, wie es für internationale Geschäfte typisch ist, eintreten würde. Dafür besteht die Gefahr, daß diese zu große Ausdehnung der Rechtswahlbefugnis zum Zwecke der Umgehung der lokalen, zwingenden Normen benützt würde, wie das Gericht dies denn auch im Zürcher Fall offen zugibt. Die Rechtswahl diene den Parteien nicht, um ein internationales Darlehen möglich zu machen, sondern um ein nationales Darlehen unter Umgehung der lokalen Verbotsnormen vereinbaren zu können.

III. Schließlich erhält die hier vertretene These, daß ein Bedürfnis des internationalen Verkehrs auf kollisionsrechtliche Parteiautonomie erst bei wesentlich internationalen Darlehen und Anleihen, wie wir sie umschrieben haben, eintrete, durch die Theorie der «paiements internationaux» der französischen Rechtsprechung eine indirekte Unterstützung.

Die französischen Gerichte leiten weitgehende, öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Vertragsautonomie aus dem cours forcé des französischen Franken her, so das Verbot der Gold- und Fremdwährungs-

Klausel. Als dem öffentlichen Wohl dienende Normen^{22 23} wenden die französischen Gerichte sie unabhängig von der Frage des maßgeblichen Obligationenstatuts überall dort an, wo ein Rechtsverhältnis irgendwelchen Zusammenhang zur französischen Wirtschaft (*ordre économique français*) aufweist. Dennoch hat sich die nationalistisch eingestellte französische Praxis veranlaßt gesehen²⁴, zwischen nationalen und internationalen Darlehen und Anleihen zu unterscheiden und aus Interessen des internationalen Wirtschaftsverkehrs heraus allein auf die ersteren ihren *ordre public* zu Gunsten der Verbotsnormen des *cours forcé* geltend zu machen. Die Grenzen zwischen nationalen und internationalen Darlehen und Anleihen, und dies ist der für uns wesentliche Punkt, finden wir von dieser Praxis genau dort festgelegt, wo auch wir sie gezogen haben: Notwendige Voraussetzung der französischen Praxis ist, daß das Domizil der Parteien bzw. der Sitz des Anleihenehmers und der Emissionsort in verschiedenen Staaten liegen, sodaß eine doppelte Kapitalbewegung²⁵ entsteht. Diese dem französischen *ordre public* gleichsam durch die Interessen des internationalen Verkehrs abgerungene Differenzierung, in der die nationalen und internationalen Interessen ausbalanciert werden, setzt somit ebenfalls die Grenze zwischen nationalen und internationalen Tatbeständen nicht dort fest, wo nationale Tatbestände keine, bzw. irgendwelche internationale Elemente aufweisen, sondern allein dort, wo Tatbestände die genannten wirklich internationalen Aspekte aufweisen.

²² Vgl. Niboyet, *Traité de d. i. p. français* (Paris 1939—50), IV 7 und insbes. 13, 35; Rabel, *op. cit.*, II 559.

²³ Sog. «*lois de police et de sûreté*».

²⁴ Vgl. Cass. civ. 23.1.1924 (D. 1924.1.41); Cass. civ. 3.6.1930 (Clunet 1931, 103); Cass. civ. 9.7.1930 (Clunet 1931, 124); Cass. civ. 14.1.1931 (Clunet 1931, 126). Durch die berühmten Ausführungen Matters zum eigentlichen *leading case* gestempelt: Cass. civ. 17.5.1927 (D. 1928.1.25), aber kein Darlehens- oder Anleihefall.

²⁵ Vgl. die Ausführungen von Generalstaatsanwalt P. Matter in Cass. civ. 3.6.1930, Clunet 1931, 110 f. und auch diejenigen in der Note Capitants zu Cass. civ. 17.5.1927, D. 1928.1.26.

2. ABSCHNITT

DIE ANKNÜPFUNG BEI FEHLENDER RECHTSWAHL DURCH DIE PARTEIEN

GRUNDSÄTZLICHE VORBEMERKUNG

... For the certainty attained by mechanical application of fixed rules to human conduct has always been illusory. Roscoe Pound

Während über beträchtliche dogmatische Kritik hinweg der Grundsatz der Maßgeblichkeit des ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillens für die Wahl der Rechtsordnung ein von der Praxis universal anerkannter ist, bietet sich im Bereich fehlender Rechtswahl ein Anblick bedauerlichster Wirrnis verschiedenster Anknüpfungstheorien. Lichtblicke bietet auch hier die Selbständigkeit einzelner Gerichte, die im Bemühen um eine gerechte Entscheidung des Einzelfalls oft die starren, unbilligen Dogmen fahren lassen und natürliche, absolute Anknüpfungen anstreben¹. Freilich wird dies meist mit der Opferung iuristisch scharfer Begründung der Urteile erkaufte, was nicht erstaunen darf, wenn zur Rationalisierung des Rechtsgefühls die klärende Hilfe der Wissenschaft fehlt.

Das Versagen der wissenschaftlichen Theorie ist ein grundsätzliches. Es besteht nicht darin, daß der ideale Anknüpfungspunkt noch nicht entdeckt wäre, daß die Methode zu seiner Gewinnung noch strittig wäre. Wie sollte dies möglich sein nach einer so langen wissenschaftlichen Vergangenheit und nach den unermüdlichen konzentrischen Bemühungen größter iuristischer Denker! Das Versagen der Theorie hinter einer Wirrnis sich widersprechender Lehren weist vielmehr darauf hin, daß eine ihnen allen gemeinsame Grundvorstellung unrichtig ist, die traditionelle Lehre von den Anknüpfungsbegriffen.

So lange alle Bemühungen der Wissenschaft auf der Lehre von den Anknüpfungsbegriffen basieren, wird deren ungeheure Statik jede allgemeine Lösung des Problems verunmöglichen. Mit aller Deutlichkeit zeigen die Tendenzen der letzten Jahrzehnte² diese Problematik: Unter

¹ Für die besonders bewegliche, undoktrinäre englische Rechtssprechung vergleiche man die Worte Lord Wrights in *Mount Albert Borough Council v. Australasian Temperance ... Ltd.*, (1938) A. C. 224, 240 (Privy Council): «English law in deciding these matters has refused to treat as conclusive, rigid or arbitrary criteria such as *lex loci contractus* or *lex loci solutionis* ...»

² Vgl. Rabel, *Conflict of Laws* (Chicago 1945—50), I 92 f. und Herzfeld, *Kauf und Darlehen im int. Privatrecht* (Basel 1933), 43 f.

dem Schlagwort der «induktiven Methode» und in Anlehnung an das Vorbild der Common Law-Doktrin in der Berücksichtigung der praktischen Entscheide hat eine Individualisierung der Anknüpfungsregeln eingesetzt, die eine Milderung der Starrheit der überkommenen Regeln zu erreichen sucht. Das Ziel dieser Tendenzen ist begrüßenswert, aber die Wege, auf denen es angestrebt wird, müssen versagen, weil auch diese neue Richtung auf der traditionellen Lehre von den Anknüpfungsbegriffen aufbaut. Die neue Tendenz verschiebt nur die Diskussionsebene (wie auch die 6. Haager Konferenz gezeigt hat ³) aus dem Raum des allgemeinen Obligationenrechts ins Gebiet der einzelnen Vertragstypen, was eine Lösung höchstens verhandlungstechnisch näher bringen mag. Wendet man die Grundsätze dieser modernen Methode nicht mit letzter Konsequenz an, was direkt zu reiner Kasuistik ⁴ führen würde, so wird die Starrheit der Regeln innerhalb der einzelnen Vertragstypen erhalten und immer wieder die gegensätzlichsten Theorien erzeugen.

In der starren und unrealistisch-abstrakten Atmosphäre der Begriffsjurisprudenz aufgewachsen, benützt die traditionelle Lehre von den Anknüpfungsbegriffen rein formale Begriffe als Instrumente der Anknüpfung, z. B. das Kriterium des Erfüllungsortes. Die ganze auf dieser Voraussetzung aufbauende Doktrin bemüht sich daher um Lösungen der Anknüpfungsfrage in Form solcher begrifflicher Regeln. Damit aber wirft sie sich gerade unrettbar in die unbillige Starre, wie sie die mechanische Anwendung formaler Regeln mit sich bringt. Zweifellos können solche formale Regeln für Spezialfälle richtig und billig sein. Aber weiter als über eine Kasuistik reicht diese Methode nicht aus, ohne inadäquat zu werden in der Vielfalt der Wirklichkeit und durch ihre mangelnde Dynamik größte Unbilligkeit hervorzurufen. Daraus erklärt sich die gleichzeitige Existenz einer Vielzahl sich widersprechender Anknüpfungstheorien: Sie haben alle in Spezialfällen ihre Berechtigung, aber sie sind niemals imstande, sich allgemein vor der Gesamtheit der bunten Tatbestände zu bewähren ⁵.

Der erlösende Schritt besteht in der Überwindung dieser traditionellen Lehre im Ersatz dieser fatalen begrifflichen Regeln durch solche, die dem Richter feste Grundsätze einer individuellen Anknüpfung vermitteln. Solche Regeln lassen die Tatbestände freilich nicht mehr rein

³ Vgl. Gutzwiller-Niederer, Beiträge zum Haager IPR 1951 (Freiburg 1951), 15 f.

⁴ So auch Nußbaum, Deutsches IPR (Tübingen 1931), 222, der sich allerdings nicht daran stößt.

⁵ Beale, What Law Governs the Validity of a Contract, 23 Harvard L. R. (1909), 1: «Courts and writers, however, often lay down broadly, as a general rule, a principle which is meant to apply to one or the other of these cases and not to all.»

formal-logisch subsumieren, sie bedeuten aber andererseits auch kein Abgleiten in prinziplose Kasuistik. Sie stellen vielmehr Bewertungsgrundsätze auf, nach denen der Richter am konkreten Fall durch wertendes Urteil die individuelle Anknüpfung bestimmen kann, eine Entwicklung, die das materielle Zivilrecht längst durchgemacht hat. Die formalen Regeln stellen zu diesen allgemeinen Grundsätzen höchstens individuelle Erscheinungsformen dieser Prinzipien dar.

An die Stelle begrifflicher Kriterien der Anknüpfung müssen wertende Kriterien treten.

Die Methode der Anknüpfung nach wertenden Kriterien ist dabei keine restlos ungewohnte Erscheinung im Kollisionsrecht, wenn bisher auch die besondere Bedeutung der so strukturierten Kriterien für das IPR nicht rational-bewußt erkannt wurde. So stammt ohne Zweifel der Ruhm von Formeln wie derjenigen vom Sitz des Rechtsverhältnisses von Savigny⁶ oder Gierkes Formel vom Schwergewicht des Rechtsverhältnisses davon her, daß es sich hier um wenn auch reichlich problematische, bildhafte, wertende Kriterien handelt. Daß ihnen kein praktischer Erfolg beschieden war, rührt davon her, daß sie stets im Geist der Zeit in begriffliche Kriterien umkonstruiert wurden, so bei Savigny vorwiegend in eine Theorie des Erfüllungsortes. Eine schon bedeutsamere, aber gleichwohl unbewußte Rolle spielen wertende Kriterien in der Rechtsprechung, nämlich dort, wo die Besonderheit des Einzelfalls die Gerichte zur Aufgabe der versteinerten Theorien veranlaßt und sie zu individueller Anknüpfung führt. Unbewußt entscheiden die Gerichte dann nach Grundsätzen, die als wertende Kriterien angesprochen werden können, denn wo immer ein Gericht die Bahn formaler Anknüpfung verläßt, kann es eine Anknüpfung individueller Art nur so vornehmen, daß es den konkreten Tatbestand irgendwie bewertet. Wo Gerichte solche Grundsätze bis zu fixen Regeln rationalisiert haben, haben sie, wie das Beispiel des Bundesgerichts und seines Grundsatzes vom «engsten räumlichen Zusammenhang» zeigt, Berühmtheit erlangt. Die Analyse der Gerichtsentscheide auf solche unbewußte wertende Kriterien hin mag daher wertvolle Hinweise geben, wie schwierig es auch sein mag, die konkreten wertenden Kriterien der einzelnen Entscheide aufzudecken, nachdem solche Entscheide nicht bewußt, sondern aus dem Rechtsgefühl heraus gefällt werden.

Selbstverständlich wird man dem Einwand mangelnder Rechtssicherheit zu begegnen haben, der ein beliebter Schutzmantel der Begriffsjuris-

⁶ Typischerweise betrachtet auch Savigny seine wertenden Kriterien nur als «formelle Grundsätze», erwartet also ihre Umwandlung in begriffliche Kriterien, vgl. Savigny, System des heutigen röm. Recht (Berlin 1849), VIII 120 f.

prudenz darstellt. M. E. müssen die Interessen der Rechtssicherheit immer im Rahmen der dialektischen Antinomie des Rechts, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, gesehen werden. In der heutigen Rechtsauffassung, die über ein Recht als reiner Friedensordnung hinausgewachsen ist ⁷, wird man der formalen Rechtssicherheit keine Präponderanz einräumen. Auf einer höheren Ebene genügt auch das wertende Kriterium der Rechtssicherheit, indem es zwar nicht formal, wohl aber inhaltlich gleiche und voraussehbare Urteile hervorbringt. Daß dabei der Richter nicht rein mechanisch die Rechtssätze anwendet, sondern die in ihnen liegenden Wertungen am konkreten Fall durch eigenes Werturteil vollzieht, kann uns heute kaum mehr anfechten.

⁷ Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (New Haven 1922), 72 f.

I. TEIL

DIE OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG INTERNATIONALER DARLEHEN

A. ANALYTISCH-INDUKTIVE UNTERSUCHUNG DER GERICHTSPRAXIS

I. KAPITEL

DER SATZ VOM ENGSTEN RÄUMLICHEN ZUSAMMENHANG ALS WERTENDES KRITERIUM DES BUNDESGERICHTS

I. Vergleicht man die objektive Anknüpfung internationaler Darlehen in der Praxis des Bundesgerichts mit derjenigen des Reichsgerichts⁸, so zeigt sich ein wesentlicher Unterschied. Während die deutsche Praxis einer Interpretation durch eine auf der traditionellen Lehre von den Anknüpfungsbegriffen basierenden Theorie keine Schwierigkeiten bereitet, dafür aber starr und nicht für alle Fälle billig erscheint⁹, muß die Praxis des Bundesgerichts unter formaler Betrachtung reichlich fragwürdig erscheinen. Es tritt sofort in die Augen, daß das Bundesgericht im Gegensatz zum als Beispiel angeführten Reichsgericht nicht einheitlich an den gleichen formalen Anknüpfungspunkt anknüpft, sondern in BGE 63 II 44 ein Darlehen nach dem Recht des Erfüllungsortes, in den Entscheiden BGE 59 II 397 und 46 II 405 dagegen dem Wohnsitz des Darlehensnehmers und in den Entscheiden BGE 61 II 244, 60 II 301, 54 II 316 und 51 II 305 schließlich dem Recht des Wohnsitzes des Borgers die Maßgeblichkeit zugesteht. Hinzu tritt noch, daß das Gericht sehr häufig nicht ausdrücklich ein einziges formales Anknüpfungsmoment als das in casu für seine Entscheidung ausschlaggebende Indiz hervorhebt, sondern eine Tendenz zu Kumulierung mehrerer gleichgerichteter Anknüpfungs-

⁸ RG 100, 79 (30.9.20); RG 152, 213 (5.10.36); weitere Entscheide in: JW 1928, 1196; IPRspr. 1928 Nr. 35; IPRspr. 1931 Nr. 30.

⁹ Gutzwiller, ZSR NF 66 (1947) 337a nennt diese Praxis im Vergleich zur schweizerischen doktrinierten, schroffer und bestimmter und gibt damit eine treffliche Formulierung.

momente zeigt. Dadurch wird die Praxis vom Gesichtspunkt der formalen Anknüpfung noch fragwürdiger. Es erscheint daher durchaus verständlich, wenn Niederer¹⁰ und Schnitzer¹¹ unter formalem Gesichtswinkel die bundesgerichtliche Praxis in diesem Gebiet als noch unsicher und schwankend bezeichnen, mit dem leisen Vorwurf, diese Praxis genüge den Anforderungen der Rechtssicherheit nicht.

II. Betrachtet man die gleiche Praxis unter dem Gesichtspunkt einer Theorie der wertenden Anknüpfung, für die die formalen Anknüpfungsmomente nur einzelne Indizien einer maßgeblichen Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsordnung sein können, so gelingt es, wenigstens um diese erste Schwierigkeit des Verständnisses der bundesgerichtlichen Judikatur leicht herumzukommen, denn vom Standpunkt einer Anknüpfung nach wertenden Kriterien ist es durchaus denkbar und ohne Problematik, daß bei individueller Anknüpfung entsprechend der Besonderheiten der konkreten Verhältnisse ganz verschiedene formale Momente als maßgeblich erscheinen müssen. Das Gemeinsame und Einheitliche liegt dabei darin, daß die verschiedenen formalen Momente nach einem gemeinsamen Kriterium bewertet und als maßgeblich befunden wurden. Darin liegt ja das Zusammenspiel von Dynamik und Rechtssicherheit in dieser Methode.

III. Diese Interpretation nach wertenden Kriterien ist auch die der bundesgerichtlichen Praxis allein angemessene und völlig gerecht werdende. Das Schwanken des formalen Aspekts der Anknüpfungspraxis des Bundesgerichts erklärt sich weniger aus einer Unsicherheit der den Entscheiden zu Grunde liegenden Doktrin als aus der Individualbewertung der Entscheide nach dem deutlich als wertendes Kriterium hervortretenden Prinzip vom «engsten räumlichen Zusammenhang». Schon den älteren Grundsatz der Anknüpfung an den hypothetischen Parteiwillen hat das Bundesgericht in BGE 59 II 361 nicht mit dem naheliegenden Argument, er ergebe sich aus einer einheitlichen Konzeption des internationalen Obligationenrechts unter der Anknüpfung an den Parteiwillen, sondern allein damit gerechtfertigt, daß er individuelle Anknüpfung gestatte und so der starren Anknüpfung an einen einzigen Anknüpfungsbegriff überlegen sei¹². Ein feiner Sinn für die praktische Lösung hat das Bundesgericht ähnlich wie die englischen Gerichte mit ihrer ganz anderen Rechtstechnik auch hier von starrer Dogmatik ferngehalten und unabhängig von der Theorie an die Spitze eines realistischen, mo-

¹⁰ Niederer, Kollisionsrechtliche Probleme bei internationalen Anleihen, in: Festgabe für E. Großmann (Zürich 1949), 279.

¹¹ Schnitzer, Internationales Privatrecht (Basel 3. A. 1950), II 624.

¹² Niederer, Parteiautonomie in der neueren Rechtssprechung des Bundesgerichts . . . , ZSR NF 59 (1940), 258.

ndern IPR gestellt, sodaß Rabel ¹³ mit Recht von seiner Methode erklären kann:

«This, in the opinion of the writer, is the direction in which all efforts ought to be concentrated.»

IV. Das Unbefriedigende, Fragwürdige der bundesgerichtlichen Praxis vom Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Rechtstechnik des Civil law aus gesehen liegt weniger im augenfälligeren schwankenden Ergebnis der formalen Anknüpfung als in der Motivierung dieser Entscheide durch den Satz vom «engsten räumlichen Zusammenhang». Niederer ¹⁴ weist auf die entscheidende Stelle, wenn er für das Obligationenrecht ganz generell schreibt:

«Wir sehen . . . , daß die elastischen Grundsätze des hypothetischen Parteiwillens und der ‚engsten räumlichen Beziehung‘ eine eindeutige Ableitung der eigentlichen konkreten Anknüpfungskriterien, auf die es im einzelnen praktischen Fall ankommt, nicht gestatten.»

Genau dies ist auch das Bild, das sich im speziellen auf dem uns interessierenden Gebiet des internationalen Darlehens bietet.

Betrachten wir beispielsweise BGE 62 II 242. Eine in Zürich domizilierte Firma hat einer in Köln domizilierten Firma ein langfristiges Darlehen gewährt, wobei als Schuldwährung Reichsmark vereinbart wurde. Über den Ort des Vertragsabschlusses finden sich keine Angaben im Text des Urteils. Ein mit Vorsicht aufzunehmender Sprachgebrauch gestattet uns die Feststellung, daß dieses Darlehen mindestens zwei verschiedene räumliche Beziehungen aufweist, indem die beiden Vertragsparteien in zwei verschiedenen Staaten domiziliert sind. Sollte das Darlehen beispielsweise in Frankreich abgeschlossen worden sein, so könnte in diesem Sinne von einer dritten räumlichen Beziehung gesprochen werden. Nach seinem Grundsatz sucht das Gericht aus diesem Tatbestand festzustellen, welche dieser Beziehungen als die engste angesprochen werden kann, mit welchem Land das Darlehen den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Wenn nun das Gericht erklärt, das internationale Darlehen weise in casu einen engsten räumlichen Zusammenhang zu Deutschland auf, weil der Borger sein Domizil in Deutschland habe und Reichsmark die Schuldwährung sei, ist diese Argumentation zwingend? Es muß sofort deutlich werden, daß der Grundsatz vom engsten räumlichen Zusammenhang nicht genügt. Er trägt dem Umstand, daß ein Darlehen «räumliche Beziehungen» zu mehreren Ländern aufweisen

¹³ Rabel, op. cit., II 443.

¹⁴ Niederer, op. cit., 259.

kann, zwar Rechnung, indem er von engster Beziehung räumlicher Art spricht, er deutet aber auf kein Kriterium dafür hin, was als engste Beziehung anzusehen ist. Er ist mehr eine Frage als eine Antwort und weist somit deutlich darauf hin, daß er eine zusätzliche Bewertung erfordert, deren Grundsätze er nicht fixiert. Das ist es, was die zitierten Worte Niederers bedeuten: Das Bundesgericht wird in seinen Entscheidungen notwendig in entscheidender Weise durch wertende Kriterien beeinflusst, die es in seiner Formel nicht zu Bewußtsein bringt. Das in der Formel des Bundesgerichts hervorgehobene wertende Kriterium reicht zur Motivierung der Entscheide nicht aus. Solange aber diese wohl auch dem Gericht unbewußten Entscheidungsgrundsätze nicht bekannt sind und sich der Richter ohne rationale Kenntnis dieser Grundsätze von seinem Rechtsgefühl beeinflussen lassen muß, ist die Rechtssicherheit nicht erreicht. Solange muß aber auch jede formale Anknüpfung vom Standpunkt der Rechtssicherheit der bundesgerichtlichen dynamischen Anknüpfung überlegen erscheinen, indem bei formaler Anknüpfung dem Richter nur ein einfacher, rationaler Erkenntnisakt zugemutet wird, dessen Ergebnis in jedem Fall völlig sicher und voraussehbar ist. Freilich, diese fehlende Rechtssicherheit liegt nur am Mangel der bundesgerichtlichen Formel, nicht an der wertenden Anknüpfung überhaupt. Die wesentliche Aufgabe der Wissenschaft ist es, wie schon eingangs erwähnt, dem Richter alle für seine Entscheidung wesentlichen Kriterien in klarer Formulierung völlig rationalisiert zur Verfügung zu stellen.

V. Bieten die Texte der bundesgerichtlichen Entscheide Anhaltspunkte über die unbewußten Kriterien, nach welchen das Gericht das maßgebliche Recht internationaler Darlehen bestimmt?

In zwei Gruppen von Entscheiden spricht sich das Gericht näher über seine Motive der Anknüpfung im konkreten Fall aus und versucht sich damit am Einzelfall in einer weiteren Rationalisierung seiner Entscheidung. In der ersten Gruppe, BGE 54 II 316 und 51 II 305, spricht das Gericht vom

«... Borger, auf dessen Verpflichtung es ankommt, und dessen natürliches Recht das einheimische ist ... »¹⁵

In zwei weiteren Fällen¹⁶ dagegen legt das Gericht Gewicht darauf, daß das Darlehen zur Verwendung in einem bestimmten Gebiet gewährt wurde, z. B. zur Anlage in einer im Gebiet des maßgeblichen Rechts gelegenen Brauerei. Interessant ist, daß letzteres Argument sich auch in zwei älteren Entscheiden der Cour de Cassation und in einer neueren

¹⁵ BGE 54 II 316.

¹⁶ BGE 63 II 44; 60 II 294.

Entscheidung der Cour de Paris¹⁷ findet, wenn auch die Doktrin in der Interpretation dieser Entscheide nicht einheitlich ist¹⁸.

Die beiden Motive lassen sich nicht ohne weiteres auf einen gemeinsamen Nenner bringen. Nur nach ihrem *face value* genommen, weisen sie nichts von einem gemeinsamen Grundzug auf, sondern scheinen erheblich auseinander zu klaffen: Das einmal stellt das Gericht auf das natürliche Recht einer der Vertragsparteien ab, das andere Mal auf den Ort der wirtschaftlichen Verwendung des Darlehens. Gemeinsam ist beiden Motivierungen allerdings, daß es schwer hält, in ihnen nähere Ausführungen des Grundsatzes vom «engsten räumlichen Zusammenhang» zu sehen. Weshalb wird auf das natürliche Recht einer der Vertragsparteien verwiesen, wenn nach der engsten räumlichen Beziehung des Rechtsverhältnisses gesucht wird? Weshalb auch wird der engste räumliche Zusammenhang des Rechtsverhältnisses darin gesehen, daß es dem einen Vertragspartner ermöglicht, in einem bestimmten Land sein Kapital zu benützen? Beidemal wird auf andere als räumliche Aspekte des Tatbestandes verwiesen und von ihnen die Anknüpfung abhängig gemacht.

VI. Diese Zweifel werden noch verstärkt, wenn man sich davon Rechenschaft zu geben sucht, wie ein obligatorisches Rechtsverhältnis überhaupt räumliche Kontakte aufweisen kann, wie es im Raume lokalisiert sein kann. Eine räumliche Beziehung zu einem Land kann ja nur eine Beziehung zu dessen Staatsgebiet als dem «räumlichen Element des Staates»¹⁹ sein. Wie aber haben wir uns das Verhältnis eines obligatorischen Rechtsverhältnisses wie eines Darlehens zu einem Territorium vorzustellen, nachdem das Rechtsverhältnis ein rein psychologisches Phänomen ohne physikalische Eigenschaften darstellt und somit gar keine Lage im Raum besitzt?

Savigny, auf dessen Theorie vom «Sitz des Rechtsverhältnisses»²⁰ der bundesgerichtliche Grundsatz ohne Zweifel zurückgeführt werden darf, will das Rechtsverhältnis in bestimmten Handlungen wie der Erfüllungshandlung verkörpert sehen und aus deren physikalischen Lage die «Lage» des Rechtsverhältnisses bestimmen. Eine solche Verkörperung eines Rechtsverhältnisses ist eine offenbare Fiktion: Nicht das verkörperte Rechtsverhältnis, sondern die es verkörpernde Handlung hat eine Lage im Raum. Wenn also die Lage dieser Handlung das für die Verknüpfung

¹⁷ Cass. civ. 21.12.1874 (D. 1876.1.107, Clunet 1875, 353); Cass. req. 19.2.1890 Clunet 1890, 495); Cour Paris 23.5.1912 (S. 1913.2.21), vgl. Batiffol, *Les Conflits de lois en matière de contrats* (Paris 1938), 202.

¹⁸ Vgl. Batiffol, *op. cit.*, 211 N 2.

¹⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien 1934), 124.

²⁰ Savigny, *op. cit.*, VIII 120 f.

maßgebliche Kriterium sein soll, so kann es keine Frage der engsten räumlichen Beziehung des Rechtsverhältnisses sein. Will man aber den Grundsatz des engsten räumlichen Zusammenhangs als wertendes Kriterium aufrecht erhalten, so kann er nur durch die genannte Fiktion einen Sinn haben: Der wirkliche maßgebliche Grundsatz liegt hinter der Fiktion vom engsten räumlichen Zusammenhang als maßgeblichem Grundsatz verborgen, wie es auch die zusätzlichen Motive des Bundesgerichts andeuten. Dies bedeutet aber, daß der Satz vom «engsten räumlichen Zusammenhang» in der bundesgerichtlichen Praxis nur die Funktion besitzt, darauf hinzuweisen, daß jedes Rechtsverhältnis irgendwie natürlich unter eine bestimmte nationale Rechtsordnung gehört. Wie wir schon erwähnten, der Satz erscheint mehr als Fragestellung ²¹, denn als praktisch brauchbare Antwort. Die Formel dient allein als Kristallisationspunkt des richterlichen Rechtsgefühls, ohne ein praktisch-rationales wertendes Kriterium zu beinhalten. Ich kann mich daher Homberger ²² durchaus anschließen, wenn er feststellt:

«Man hat damit Wegweiser gefunden, die in der rechten Richtung eines natürlichen Zusammenhanges weisen, der jeden Vertrag normalerweise mit einem bestimmten Recht verbindet. Das Ziel ist aber noch nicht erreicht.»

VII. Diese Betrachtungen haben uns zum Ergebnis geführt, daß die Anknüpfung internationaler Darlehen durch das Bundesgericht individuell, also nach wertenden Grundsätzen erfolgt, daß aber der Satz vom «engsten räumlichen Zusammenhang» dabei nicht diejenige Rolle spielt, wie er den Anschein macht, daß er vielmehr kein praktischer Wertmaßstab bedeutet, indem er als solcher nur kraft einer Fiktion anwendbar ist und allein genommen nicht ausreicht, die Entscheidungen des Bundesgerichts zu begründen, noch mit den Begründungen zusätzlicher Art, wie sie das Gericht in einigen Fällen aufstellte, in Zusammenhang gebracht werden kann. Es kann daher auch nicht als einen wesentlichen Schritt auf die Rationalisierung der Anknüpfungswertung aufgefaßt werden, wenn in einem jüngsten Entscheid ²³ in einer Darlehenssache der Court of Appeal ähnlich wie das Bundesgericht von seinem früheren Grundsatz des hypothetischen Parteiwillens zu einem Grundsatz des «place with which it has the most substantial connexion» übergegangen ist, und es ist zu bedauern, daß das Gericht, wenn es sich schon auf Cheshire be-ruft, nicht seiner Formulierung

²¹ Kahn, Abhandlungen zum IPR (München 1928, Neudruck), I 95.

²² Homberger, Obligatorische Verträge im IPR nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichts (Bern 1925), 40.

²³ Boissevain v. Weil (1949) 1 K. B. 482 per Denning L. J., vgl. Morris, Cases on P.I.L. (Oxford 2. Ed. 1951), 203 f.

«... they attempt to determine the law to which the contract most naturally belongs.»²⁴

gefolgt ist, die viel genauer den aktuellen Stand des durch Gerichte und Theorie erreichten Grades der rational-bewußten Entscheidung widerspiegelt, ohne räumliche Elemente hineinzuziehen und so den Eindruck zu erwecken, als ob diese Formel eine praktische Bedeutung für die eigentliche Anknüpfungswertung besitze.

2. KAPITEL

DER MITTELPUNKT DER LEBENSBEZIEHUNGEN DES BORGERS ALS WERTENDES KRITERIUM

I. Sucht man die Praxis des Bundesgerichts in der Anknüpfung internationaler Darlehen nicht im Sinne des Satzes vom «engsten räumlichen Zusammenhang» zu interpretieren, sucht man vielmehr im faktischen Ergebnis der bundesgerichtlichen Anknüpfung nach gemeinsamen Grundsätzen, so gelangt man zur Erkenntnis, daß sich sechs der sieben ergangenen Entscheide in Darlehenssachen dahin erklären lassen, daß das Gericht dasjenige Recht als maßgeblich betrachtete, das am Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Borgers nationales Recht ist. Der dieser Interpretation widerstrebende siebente Entscheid erweist sich als eine formale Anknüpfung.

In den Entscheiden BGE 61 II 242, 60 II 294, 54 II 316 und 51 II 305 haben wir es mit in den Grundzügen gleichen Tatbeständen zu tun, nämlich mit Darlehen an, vom Darlehensgeber aus gesehen, ausländische iuristische Personen. Wir mußten im vorangehenden Kapitel feststellen, daß die vom Gericht vorgenommene Anknüpfung dieser Tatbestände an das Recht des Wohnsitzes des Borgers sich aus dem Kriterium des engsten räumlichen Zusammenhangs nicht vollständig begründen läßt. In diese Lücke tritt nun das Kriterium von der Maßgeblichkeit des Mittelpunkts der Lebensverhältnisse des Borgers. Die Anknüpfung an den Wohnsitz der iuristischen Person, die der Darlehensborger ist, stellt faktisch betrachtet nichts anderes als Anknüpfung an das Zentrum der Tätigkeit des Borgers dar. Gehen wir ganz einfach aus von der Bedeutung des Wohnsitzes, den das Gericht als maßgebliches Indiz betrachtet und den es nach schweizerischem Recht (*lex fori*) qualifiziert. Im schweizerischen Recht bedeutet der Wohnsitz iuristischer Personen den wirk-

²⁴ Cheshire, *Private International Law* (Oxford 3. A. 1947), 312.

lichen Sitz der Verwaltung und damit das Zentrum der wirtschaftlichen Tätigkeit der iuristischen Person. Dadurch also, daß das Gericht in diesen Fällen den Wohnsitz des Borgers als Indiz des maßgeblichen Rechts betrachtete, betrachtete es das Darlehen als funktionell in die Sozial-sphäre des Wohnortes des Borgers gehörend, in welcher das Zentrum der wirtschaftlichen Tätigkeit dieser iuristischen Personen liegt.

Im Entscheid 46 II 405 handelt es sich um einen Fall, in welchem ein in Deutschland wohnhafter, aber im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in der Schweiz sich aufhaltender Darleiher einer in Deutschland domizilierten iuristischen Person ein Darlehen gewährte. Auch hier betrachtete das Gericht deutsches Recht als maßgeblich und dieses Urteil läßt sich durchaus nach dem gleichen Grundsatz erklären, wie die vier zuvor besprochenen Entscheide, mit denen dieser Tatbestand den Umstand gemeinsam hat, daß der Borger eine iuristische Person ist.

Die bisherigen fünf Entscheide verstände formale Betrachtungsweise ebenfalls einheitlich zu interpretieren und würde sie als Beispiel für eine Anknüpfung an den Wohnsitz des Borgers betrachten. Es würde ihr aber nicht gelingen, den im praktischen Ergebnis unanfechtbaren Entscheid BGE 63 II 44 in Einklang zu den zuvor betrachteten Entscheiden zu bringen. Das Bundesgericht wendet in diesem Fall deutsches Recht an, obwohl der Wohnsitz des Borgers in der Schweiz liegt und daher ein formallogisch gleicher Entscheid zur Maßgeblichkeit schweizerischen Rechts hätte führen müssen. Formal betrachtet hat das Bundesgericht in diesem Fall an den Erfüllungsort angeknüpft. Dabei muß allerdings diese formale Interpretation in ein Zwielicht geraten, wenn man berücksichtigt, daß das Gericht ausdrücklich den Erfüllungsort als in casu nicht, oder zumindest nicht allein wesentliches Indiz hervorhebt. Wenn das Gericht das Motiv seiner Entscheidung in den Zweck des Darlehens legt und daraus die Maßgeblichkeit einer Rechtsordnung begründet, so versagt schließlich die formale Interpretation völlig vor dieser Argumentation, während das Kriterium des Mittelpunktes des Borgers den Entscheid durchaus sinnvoll und in Harmonie mit den Grundsätzen der zuvor betrachteten Urteilen erscheinen läßt. Bevor wir uns näher mit diesem wegen seiner Besonderheit seines Tatbestandes sehr interessanten und instruktiven Entscheides befassen, müssen folgende Überlegungen vorausgeschickt werden: Im Gegensatz zu den iuristischen Personen, bei denen höchstens zwischen Haupt- und Nebensitz zu unterscheiden ist, können natürliche Personen gleichzeitig verschiedene Tätigkeitszentren besitzen. Neben einem hauptsächlichen, normalen, allgemeinen Mittelpunkt der Lebensbeziehungen, wie ihn der Begriff des Wohnsitzes im

²⁵ ZGB 23 Abs. 1.

schweizerischen Recht ²⁵ umschreibt ²⁶, kann die natürliche Person sekundäre Mittelpunkte besonderer Tätigkeitskreise besitzen, so einen besonderen Mittelpunkt der geschäftlichen Tätigkeit ²⁷ oder Mittelpunkte einer besonderen, zeitlich begrenzten Tätigkeit, wie beispielsweise der Ferien mit dem Ferienort ²⁸ als spezifisches Zentrum. Diese mögliche Vielzahl verschiedener Mittelpunkte, die, wie wir sahen, auch das materielle Recht unterscheidet, hat zur Folge, daß, anders als bei der iuristischen Person, deren Sitz immer auf das Zentrum der wirtschaftlichen Existenz dieser Person hinweist, der Wohnort der natürlichen Person nicht den gleich sicheren Charakter als Indiz der Stellung der Person in einer Sozialsphäre besitzt, nicht ohne weiteres auf den allein maßgeblichen Mittelpunkt einer Person hinweist. Es hängt, wenn man nach dem Mittelpunkt der Lebensverhältnisse eines Borgers fragt, wesentlich davon ab, welchem Zweck das Darlehen dient, oder anders formuliert, in den Rahmen welcher Art des aktiven Lebens einer Person es gehört. Ein Darlehen, das einem privaten Borger unter ganz gewöhnlichen Umständen und ohne nähere Bestimmung des Verwendungszweckes gewährt wird, gehört in den Tätigkeitskreis des allgemeinen Mittelpunktes des Borgers, den der Wohnsitz, nach schweizerischem Recht qualifiziert, indiziert. Ein Geschäftsdarlehen, das den Umständen nach oder auch ausdrücklich der Abrede nach zur Kreditierung der Geschäftstätigkeit des Borgers gewährt wurde, gehört in den Kreis des Mittelpunktes, den die geschäftliche Niederlassung anzeigt. Denken wir uns schließlich ein während der Ferien gewährtes kurzfristiges Gefälligkeits-Darlehen an einen Feriengast, der augenblickliche Geldverlegenheit damit zu überbrücken sucht, so ist wiederum deutlich, daß der Ferienort, der Aufenthaltsort hier allein der entsprechende Mittelpunkt darstellen kann. Zum allgemeinen Mittelpunkt am Wohnsitz des Borgers hat das Geschäft keine Beziehung: Es ist für das Darlehen während der Ferien durchaus gleichgültig, ob es sich beim Borger um einen solchen mit inländischem oder ausländischem Wohnsitz handelt. Es ändert daran selbst dann nichts, wenn sowohl Darleiher wie Borger Wohnsitz im gleichen, fremden Lande besitzen, ihr Darlehen aber nur den Charakter eines Feriendarlehens aufweist.

Um ein extremes Beispiel dieser Beweglichkeit des Mittelpunktes der Lebensbeziehungen des Borgers und dessen Zusammenhang mit dem Zweck des Darlehens handelt es sich bei dem zur Diskussion stehenden BGE 63 II 44. Wenn das Bundesgericht auf ein Darlehen nicht das Recht

²⁶ Für den wertenden Grundsatz entfällt die Qualifikation der Anknüpfungsbegriffe, weil nicht formal angeknüpft wird. Die verschiedene Qualifikation wirkt sich nur in der Brauchbarkeit der Rechtsbegriffe aus.

²⁷ ZGB 23 Abs. 3.

²⁸ ZGB 24 Abs. 2.

des Wohnsitzes des Borgers anwendet, sondern ein anderes Recht mit der Begründung, das Darlehen sei ausschließlich zur Verwendung im Lande jenes Rechts bestimmt gewesen und habe sich in jenem Lande abgespielt, so weist dies nach unseren bisherigen Überlegungen darauf hin, daß das Gericht hier auf einen sekundären, speziellen Mittelpunkt der Tätigkeit des Borgers hinweisen will, in welchen Rahmen dieses Darlehen gehöre. Unsere Vermutung wird durch den Tatbestand voll gerechtfertigt. Es ist nicht unwichtig, zu beachten, daß sich die Parteien darüber strittig waren, ob es sich bei diesem Rechtsverhältnis um ein Darlehen oder einen Auftrag handle. M. E. handelt es sich, wenn man den Vertragskomplex als ganzes betrachtet, um einen zusammengesetzten Vertrag, also sowohl um ein Darlehen wie um einen Auftrag, die funktionell zusammengehören. Die Parteien hatten vereinbart, daß der Borger zusammen mit einem Dritten in Deutschland eine Fabrik einrichten sollte, in welcher der Darleiher als Werkmeister beschäftigt werden sollte. Zur Unterstützung dieser Tätigkeit sollte der Darleiher dem Borger ein Darlehen gewähren, das der Borger mit eigenen Mitteln zur Errichtung dieses Betriebes verwenden und zu 8% verzinsen sollte. Als der so entstandene Betrieb in der Folge wegen mangelnder Beschäftigung eingestellt werden mußte, verlangte der Darleiher vom Borger sein Darlehen zurück, woraus der Streit entstand. Der Tatbestand läßt also erkennen, daß wir es nicht mit einem gewöhnlichen Darlehen, das der Darleiher dem Borger ganz allgemein gewährt hat, zu tun haben; wie das Gericht andeutet, ist das Darlehen für einen ganz spezifischen Zweck gewährt worden, der einen speziellen Mittelpunkt des Borgers voraussetzt und für den der Wohnsitz des Borgers nicht Zentrum sein kann: Das Darlehen wurde nur unter der Voraussetzung der Errichtung einer Fabrik in Deutschland gewährt, stand ganz ausdrücklich im Zusammenhang mit einer besonderen Tätigkeit des Borgers an einem von seinem Wohnsitz verschiedenen Ort. Bergatreute, der in Deutschland gelegene Ort, an welchem der Betrieb errichtet werden sollte und errichtet wurde, ist in diesem Fall als Mittelpunkt der Tätigkeit des Borgers zu betrachten, in deren Kreis sich das Darlehen einreihte. Daß daneben der Borger einen Wohnsitz in der Schweiz hatte, war ganz zufällig und unbedeutsam für dieses Geschäft. Wenn das Gericht in seiner Begründung anführt:

«... um ihm (dem Darleiher) dort eine Existenz zu schaffen, und ebenso wurde das Geld in Deutschland dem Kläger ausgehändigt und dort von ihm verwendet.»

so weist dies alles deutlich darauf hin, daß das Darlehen als Teil einer Tätigkeit des Borgers in Deutschland angesehen werden muß, dessen Mittelpunkt bezüglich dieses Tätigkeitskreises nicht an seinem Wohnsitz lag. Wie im angeführten Beispiel des Feriendarlehens weist hier der be-

sondere Zweck des Darlehens auf die Maßgeblichkeit eines besonderen Tätigkeitsmittelpunktes des Borgers. Das Bundesgericht hat diese Lage richtig erkannt und deutsches, nicht das Recht des Wohnsitzes des Borgers in der Schweiz, angewandt. Man gelangt zum gleichen Ergebnis, wenn man sich überdenkt, was die Motivierung des Gerichts anderes bedeuten könnte. Es ließe sich allein die Annahme vertreten, das Gericht wolle den Ort der Verwendung des Darlehens als maßgebliches Indiz für das anwendbare Recht betrachten. Man beachte den Unterschied: Nicht auf den besonderen Zweck des Darlehens, wie es in unserem Tatbestand die Verwendung in Deutschland darstellt, sondern allein der Ort der Verwendung in Deutschland als solcher weise auf das maßgebliche Recht. Nicht allein steht dieser Interpretation die Tatsache gegenüber, daß in fünf von sieben Entscheiden das Gericht in keiner Weise seinen Blick auf den Ort der Verwendung des Darlehens richtete, es muß auch deutlich sein, daß diese Interpretation zu völlig undenk바aren Resultaten führen müßte. Nehmen wir nur das Beispiel, ein Vater gewähre seinem Sohn ein Darlehen für eine Chinareise. Ob wir nun annehmen, Vater und Sohn wohnten in der gleichen Stadt, oder sie wohnten in zwei verschiedenen Ländern, die Maßgeblichkeit chinesischen Rechts auf einen solchen Vertrag würde jeglichem Rechtsgefühl widersprechen und wäre praktisch völlig unhaltbar. Hier weist der Zweck des Darlehens nicht darauf hin, daß das Darlehen in einen Tätigkeitskreis mit vom Wohnsitz getrenntem, besonderen Mittelpunkt gehört, obwohl das Darlehen an einem anderen Ort als dem Wohnsitz des Borgers verwendet werden soll: Das Darlehen gehört durchaus in den allgemeinen Tätigkeitskreis des Borgers und setzt keinen besonderen voraus, sondern will ihn erst ermöglichen.

Im Ergebnis der Betrachtung dieses Falls können wir also feststellen, daß auch dieser Entscheid sich in unserer Interpretation den bisher betrachteten anreicht, daß sich somit die Dynamik einer wertenden Anknüpfung in diesem Fall bewährt hat und zeigt, wie scharf sie den Besonderheiten des Einzelfalls gerecht zu werden vermag. Gleichzeitig hat dieser Fall magistral gezeigt, wie das Bundesgericht in seiner undoktrinären Entscheidungspraxis außerordentlich weitgehend die Individualität des konkreten Falls zu erfassen versteht.

Diesen bisher angeführten Entscheiden steht allein BGE 59 II 397 gegenüber, der als einziger Entscheid eindeutig unserer Interpretation durch das Kriterium vom Mittelpunkt des Borgers widersteht: Er erscheint in unserer Interpretation als Fehlentscheid. Immerhin, das ist zu betonen, im faktischen Ergebnis wäre das Gericht auch mit dem Kriterium vom Mittelpunkt des Borgers zu keinem anderen Resultat gelangt: So wie der Tatbestand lag, war überhaupt kein Eintreten des Gerichts auf die Berufung denkbar, indem auf alle Fälle schweizerisches

Recht nicht in Frage kam und das Bundesgericht Fehler unterer Instanzen in der Anwendung fremden Rechts nicht überprüft. Das Urteil macht denn auch ganz einen summarischen Eindruck: Praktisch spielte es keine Rolle, welcher Methode das Gericht folgte und es hat daher seine allgemeine subsidiäre Regel der Maßgeblichkeit des Rechtes des Erfüllungsortes angewandt, ohne auf den Tatbestand näher einzutreten, kurz, es hat einfach rein formal angeknüpft. Es kommt diesem Entscheid m. E. keine präjudizielle Bedeutung zu.

II. Haben wir bisher die bundesgerichtliche Praxis vor allem in ihrem Ergebnis betrachtet und nur beim BGE 63 II 44 die Motivierung mitberücksichtigt, so wollen wir nun auch noch auf den Zusammenhang zwischen der Motivierung des Bundesgerichts und dem aus seiner faktischen Entscheidung gewonnenen Kriterium eintreten. Konnten wir, vom Satz vom engsten räumlichen Zusammenhang ausgehend, in den Motiven des Gerichts nichts gemeinsames sehen, so frägt es sich nun, ob, nachdem wir die Praxis im wesentlichen mit dem Kriterium des Lebensmittelpunktes des Borgers zu interpretieren verstehen, unter diesem Gesichtspunkt sich die Motive als wenigstens in ihrem Grundtenor gemeinsam angesehen werden dürfen, wenngleich wir uns auch bewußt sind, daß an die ausdrückliche Motivierung von wesentlich durch das Rechtsgefühl beeinflussen Entscheidungen keine großen Ansprüche gemacht werden dürfen²⁹.

Auf die Begründung in 63 II 44 sind wir schon eingetreten und haben darauf hingewiesen, daß das Argument betreffend die wirtschaftliche Verwendung des Darlehens auf denjenigen Punkt des Tatbestandes hinweist, der auch nach unserer Interpretation von entscheidender Bedeutung ist. Das gleiche Motiv führt das Bundesgericht auch in 60 II 294 an, einem Entscheid, der zu der Gruppe der Entscheide gehört, in denen sich das Gericht mit Darlehen an iuristische Personen zu befassen hatte. Hier weist das Gericht darauf hin, daß das Darlehen zur Finanzierung von neuen Einrichtungen im Brauereibetrieb des Borgers bestimmt war. Man beachte, daß das Gericht ausdrücklich darauf hinweist, daß es sich um eine Verwendung im eigenen Betrieb des Borgers, der sich an ihrem Sitz befindet, handle, und daß das Gericht daneben noch auf den Wohnsitz des Borgers und andere gleichlaufende Indizien hinweist. Wie in 63 II 44 handelt es sich auch hier nicht um eine beliebige Verwendung des Darlehens, auf die hingewiesen wird, sondern auf eine Verwendung, die einen besonderen Tätigkeitskreis voraussetzt, der hier allerdings, da es sich um eine iuristische Person handelt, der alleinige Tätigkeitskreis darstellt. Während wir ganz allgemein bei iuristischen Personen den Sitz (Wohnsitz) als alleiniges Tätigkeitszentrum anerkannten, nimmt sich

²⁹ Cook, op. cit., 42, 42 N 77, 8.

das Gericht mit seiner Motivierung hier die Mühe, im Speziellen auf dieses Tätigkeitszentrum hinzuweisen. Hätte das Darlehen vom Borger beliebig verwendet werden dürfen, so hätte das Gericht dennoch an den Wohnsitz des Borgers angeknüpft und über den Ort der Verwendung sich nicht geäußert. Zumindest besteht eine große Vermutung in dieser Richtung.

Die in den älteren Entscheiden BGE 54 II 316 und 51 II 305 zu findende Argumentation

«... Borger, auf dessen Verpflichtung es ankommt, und dessen natürliches Recht das einheimische ist ...»

läßt sich nicht so leicht in nähere Beziehung zur faktisch getroffenen Entscheidung bringen. Da sie, im Gegensatz zu den vorerwähnten, ungefähr 10 Jahre jüngeren Entscheiden, aus der Zeit stammt, in welcher das Bundesgericht die Spaltungstheorie (große Spaltung) noch nicht aufgegeben hatte, erklärt sich der erste Teil der Argumentation leicht: Wie sofort in die Augen springt, entstammt diese Formulierung der Anschauungswelt der Spaltungstheorie³⁰. Es kann daher, nachdem das Gericht diese Theorie aufgegeben hat, die Begründung «... Borger, auf dessen Verpflichtung es ankommt, ...» heute nicht mehr wörtlich genommen werden, sondern es muß allein das faktische, nämlich, daß das Gericht durch Anknüpfung an den Wohnsitz des Borgers zu einem ihm haltbar erscheinenden Urteil gelangte, berücksichtigt werden. Es ist denn auch bezeichnend, daß nach Aufgabe der Spaltungstheorie das Gericht im Entscheid 61 II 242, der somit zwischen den beiden vorgenannten neueren Entscheiden liegt³¹, das Gericht dennoch den Wohnsitz des Borgers und nicht denjenigen des Darleihers als maßgeblich betrachtete und einfach die Begründung im Sinne der Spaltungstheorie wegließ. Beim zweiten Teil der Argumentation, die darauf hinweist, daß das Recht des Wohnsitzes als das einheimische Recht des Borgers das natürliche Recht sei, muß man sich die Relativität dieser Aussage bewußt sein: Die Formulierung muß sinngemäß nicht dahin verstanden werden, daß das einheimische Recht das natürliche Recht des Borgers bei allen Geschäften sei, wenn der Wortlaut diese Interpretation auch durchaus zuläßt. Man muß die Bedeutung der Argumentation allein im Rahmen des konkreten Falls sehen, für den sie aufgestellt wurde: Das natürliche Recht eines Darlehens, das einer iuristischen Person ohne besondere Vor-

³⁰ Niederer, Die Spaltung des Vertrages im schweiz. intern. OR, ZSR NF 60 (1941) 250a stellt fest, daß die Formulierung «Verpflichtung, auf die es hier ankommt» zu erkennen gibt, «daß die Anknüpfung im Bewußtsein erfolgt, sie gelte nur für die Verpflichtung der einen Vertragspartei.» Also im Bewußtsein der Spaltung.

³¹ BGE 63 II 44, 60 II 294.

aussetzungen gewährt wurde, ist das einheimische Recht des Wohnsitzes des Borgers. Bei einem besonders gearteten Darlehen an eine natürliche Person, beispielsweise bei einem spezifischen Feriendarlehen, würde die Besonderheit des Geschäftes es mit sich bringen, daß das einheimische Recht nicht mehr als das natürliche erscheinen würde, oder anders formuliert, das Geschäft würde nicht mehr in den Kreis der Geschäfte gehören, für die das natürliche-einheimische Recht maßgeblich wäre. Es soll mit diesen Überlegungen, die sich aus der Gesamtschau der bundesgerichtlichen Praxis ergibt, nur gezeigt werden, daß diese Argumentation in den Entscheidungen BGE 54 II 316 und 51 II 305, ganz abgesehen von ihrer im Geiste der Spaltungstheorie gehaltenen wörtlichen Formulierung, als nur relativ, nämlich für den konkreten Fall gültig betrachtet werden darf und dann so betrachtet sich in den Grundzügen doch mit der neueren Motivierung von der wirtschaftlichen Verwendung des Darlehens auf einen gemeinsamen Nenner bringen läßt: Die ältere Motivierung formuliert den gemeinsamen Grundsatz für den Normalfall, die neuere Motivierung richtet sich dagegen auf speziellere Fälle und kommt dabei dem Grundkriterium näher.

III. Die Sicherheit eines durch induktive Methode gewonnenen Grundsatzes hängt von einer möglichst großen Zahl von zu beobachtenden Fällen ab. Gleichzeitig ist es für ein wertendes Kriterium wesentlich, für seine Maßgeblichkeit an einem möglichst vielfältigen Urteilsmaterial zur Kontrolle angewandt worden zu sein. Wir wollen uns daher auch mit der Praxis internationaler Darlehen englischer Gerichte befassen, die sich wie das Bundesgericht einer individualisierenden, nicht-formalen und damit zumal unbewußten wertenden Anknüpfung beflissen.

Die Judikatur der obersten englischen Gerichte bietet vor allem eine ganze, mit dem berühmten Urteil Lord Mansfields aus dem Jahre 1760³² einsetzende Reihe internationaler Darlehen³³, die als Beispiele für die Fälle sog. «Feriendarlehen» bezeichnet werden können, und die somit wiederum die Frage der maßgeblichen Beweglichkeit des Mittelpunktes des Borgers je nach dem Zweck des Darlehens aufwerfen. Auszugehen ist davon, daß durch mehrere sich ablösende Gesetze (Statut of the Queen Anne; Gaming Act) auch in England Darlehen, die zur Deckung von Spiel- und Wettschulden dienen sollen, unklagbar sind. Soll also ein englisches Gericht auf eine Klage aus einem Spiel-Darlehen eintreten,

³² Robinson v. Bland (1760), 2 Burr. 1077.

³³ Robinson v. Bland, vgl. N 32; Quarrier v. Colston (1842), 1 Ph. 147; Moulis v. Owen (1907), 1 K. B. 208, vgl. Clunet 1908, 194; Saxby v. Fulton (1909), 2 K. B. 208, vgl. Clunet 1910, 621; S. A. Des Grands Etablissements des Touquet Paris-Plage v. Baumgart (1927), 43 T.L.R. 278, vgl. ZauslPR 3 (1929), 143; Carlton Hall Club v. Laurence, (1929) 2 K. B. 153.

so muß das Darlehen einem erlaubenden, fremden Statut unterstehen ³⁴. Bei den genannten Entscheiden, bei denen es sich durchwegs um solche Spiel-Darlehen handelte, haben die englischen Gerichte konstant im Laufe von 150 Jahren französisches bzw. deutsches Recht als maßgeblich betrachtet, weil es sich um Darlehen handelte, die Engländer während ihres Ferienaufenthaltes in Frankreich oder Deutschland zur Deckung dort eingegangener Spielschulden aufnahmen. Bezeichnenderweise haben dabei die Gerichte keinen Unterschied gemacht, ob es sich beim Darleiher um einen in Frankreich wohnhaften Franzosen ³⁵ oder um einen wie der Borger in England wohnhaften, aber in Frankreich sich befindlichen Engländer ³⁶ handelte ³⁷. Immer wandten die Gerichte also formal betrachtet das Recht des Abschlußortes des Vertrages an. Faktisch betrachtet dagegen haben die Gerichte an das spezielle Zentrum des Tätigkeitskreises des Borgers während der Ferien in Frankreich bzw. Deutschland angeknüpft und das Recht dieses hier maßgeblichen Mittelpunktes der Lebensbeziehungen des Borgers angewandt. Der Wohnsitz des Borgers konnte unter diesen besonderen Umständen keine Rolle spielen. Alle diese Darlehen wiesen einen durchaus kurzfristigen Charakter auf, und gehörten ihrem Zweck nach völlig in den Rahmen des spezifischen Tätigkeitskreises des Borgers am Ferienort. Auch hier ist nicht maßgeblich, daß der Borger das Darlehen in Frankreich bzw. Deutschland verwendete, wohl aber weist diese besondere Verwendung, der spezielle Zweck des Darlehens, nämlich Deckung von Schulden an der Spielbank des Ferienortes, auf einen besonderen, hier maßgeblichen Mittelpunkt des Borgers hin. Die Gerichte haben hier also, wenn man ihre Entscheidung im realen Ergebnis betrachtet und die dabei geltenden wertenden Grundsätze daraus herleitet, genau wie wir es für die schweizerische Praxis sahen, an einen Mittelpunkt des Borgers, wie er sich aus dem Einzelfall ergab, angeknüpft.

Der bewegliche, nicht-formale Charakter der Anknüpfungspraxis der obersten englischen Gerichte, den auch Lord Wright in einem schon zitierten ³⁸ Entscheid des Privy Council betont hat, kommt auch in einem Entscheid des Court of Appeal ³⁹ aus dem Jahre 1949 zum Ausdruck,

³⁴ Die Anerkennung von unter fremdem Recht stehenden Spiel-Darlehen wird nicht als unvereinbar mit dem englischen *ordre public* betrachtet, vgl. *Moulis v. Owen*.

³⁵ *Moulis v. Owen*; *S. A. Des Grands Etablissements-Fall*.

³⁶ *Robinson v. Bland*; *Saxby v. Fulton*.

³⁷ Den Klagen der Darleiher wurde allerdings aus einem anderen Grund nicht statt gegeben, weil sie nämlich aus einem in England gezogenen Wechsel klagten.

³⁸ Vgl. N 1.

³⁹ *Boissevain v. Weil*, (1949) 1 K. B. 482, per Denning L. J.

sowohl im Wortlaut und der Art der Motivierung, als auch im formalen Abweichen von den vorgenannten Präjudizien, indem hier formal betrachtet der Erfüllungsort (Rückzahlungsort) maßgeblich betrachtet wurde. Allerdings erscheint das Urteil, was seine kollisionsrechtliche Seite anbetrifft, problematisch und es kann nicht von ungefähr sein, daß das House of Lords ⁴⁰, das sich mit diesem Entscheid ebenfalls zu befassen hatte, das Urteil der unteren Instanz auf ganz anderer Basis bestätigt hat. Der Tatbestand ist kurz wie folgt: Während der Besetzung Frankreichs im zweiten Weltkrieg gewährte ein aus Belgien geflüchteter, in Monaco domizilierter Darleiher in Monaco einer gleichfalls in Monaco domizilierten, seit über zwanzig Jahren an der Côte d'Azur lebenden Engländerin zwei Darlehen in französischen Franken mit einem Gesamtwert von 6000 Pfund Sterling, zur Rettung des Sohnes der Borgerin aus einem Konzentrationslager. Die Rückzahlung wurde auf das Ende des Krieges vereinbart, d. h., sobald es die kriegerischen Umstände erlauben würden, die dem Darleiher übergebenen, auf eine Londoner Bank bezogenen Checks in London einzulösen. Die Borgerin machte nun vor Gericht geltend, das Darlehen sei nach zur Zeit des Vertragsabschlusses geltendem englischem Recht (Defense Regulations, 1939, reg. 2; Emergency Power Act, 1939, s. 3[1]) rechtswidrig und deshalb die Rückzahlungsforderung daraus nicht zu schützen. Laut diesen angeführten Bestimmungen wird es Engländern in England und im Ausland (abgesehen von einigen ausgenommenen Ländern, zu denen Monaco nicht zählte) verboten, ohne Zustimmung des britischen Schatzamtes Darlehen in fremder Währung aufzunehmen. Der Court of Appeal betrachtete diese Bestimmungen anwendbar, weil die Umstände und vor allem die Vereinbarung der Rückzahlung des Darlehens in London die Beziehung des Darlehens zu England als die engste ⁴¹ erscheinen ließen und englisches Recht somit «proper law of the contract» sei. Demgegenüber erscheint mir deutlich, daß die Anwendung englischen Rechts als Obligationenstatut in diesem Fall ganz offen gegen das Rechtsgefühl verstößt und darüber hinaus nicht allein formal, sondern auch der wertenden Entscheidung nach, in Gegensatz zu den Präjudizien steht. In den «Spiel-Darlehen»-Fällen wurde der englische Erfüllungsort nicht einmal dann als maßgeblich betrachtet, wenn sowohl Borger wie Darleiher ihren Wohnsitz (selbstverständlich kann es sich nur um domicile of choice in diesem Falle handeln) in England hatten und sich am Ort des Vertragsabschlusses nur zwecks Ferien aufhielten, umsoweniger Bedeutung kann der englische Rückzahlungsort haben, wenn nur der Borger Engländer ist und beide Par-

⁴⁰ Boissevain v. Weil, (1950) A. C. 327 (House of Lords).

⁴¹ Der Satz vom engsten räumlichen Zusammenhang wird hier erstmals angeführt, vgl. oben bei N 23.

teien am Ort des Vertragsabschlusses ihr Domizil, der Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse im allgemeinen besitzen. Der englische Erfüllungsort ergibt sich daraus, daß die Borgerin ein Konto bei dieser englischen Bank hatte, also rein technisch, zahlungstechnisch. Objektiv betrachtet scheint es kaum zweifelhaft, daß auf diesen Vertrag das Recht Monacos anwendbar ist, wie es auch der hier maßgebliche Mittelpunkt allgemeiner Art, der Wohnsitz des Borgers anzeigt. Das abweichende Urteil läßt sich aus dem Wortlaut der Motivierung, dem bestätigenden Entscheid des House of Lords und der *ordre publique*-Lehre⁴² erklären: Das Gericht wendet dem Wortlaut nach zwar die englischen, öffentlich-rechtlichen Normen deshalb an, weil das englische Recht das «proper law of the contract» darstelle. Man beachte aber die Rechtfertigung dieses «proper law» genau, vor allem der Unterschied, den das Gericht zwischen dem zum Vergleich angeführten Fall eines Darlehens in Amerika macht, das in Dollars dort zurückbezahlt werden soll und dem zu entscheidenden Fall, wo ein Darlehen in Monaco in französischen Franken gewährt, in Pfund in England zurückbezahlt werden soll: Das Beispiel des amerikanischen Darlehens fällt außerhalb des sinngemäßen Anwendungsgebiets der «British Defense Regulations», die dem Schutze der englischen Devisenbestände dienen sollen, denn bei ihm wird der Bestand der nationalen englischen Devisenreserve gar nicht berührt: Der Engländer, der in den USA lebt, hat ein Dollar-Darlehen aufgenommen, das er in Dollars zurückzahlen soll, und zwar aus seinen in den USA liegenden Dollarbeständen, über die er verfügen kann. Im zu entscheidenden Fall dagegen begründet der Erfüllungsort in London einen Sterling-Kredit eines in Monaco domizilierten Darleihers. Der Unterschied zwischen dem hypothetischen Beispiel und dem vorliegenden Tatbestand ist also vor allem in der sachlichen Anwendungssphäre der «British Defense Regulations», und nicht, wie das Gericht annimmt, ein Unterschied im Vertragsstatut zu sehen. Daher auch die dem Gericht maßgeblich erscheinende Bedeutsamkeit des Erfüllungsortes in London: Der Erfüllungsort in London brachte das Darlehen mit Bezug auf die «Defense Regulations» in Zusammenhang mit dem englischen Recht, für das Vertragsstatut dagegen hat er keine entscheidende Bedeutung. Das läßt den Schluß zu, daß das Gericht die Bestimmungen der «Defense Regulations» allein aus Gründen des *ordre public* anwandte, eine Möglichkeit, die das Gericht noch ausdrücklich offen läßt. In diesem Sinn muß denn auch die spätere Entscheidung des House of Lords im gleichen Fall verstanden werden, das auf die Frage des «proper law» gar nicht eintrat und die Normen der «Defense Regulations» einfach als für die englischen Gerichte zwingende öffentlich-rechtliche Bestimmungen anwandte, wie

⁴² Vgl. Rabel, op. cit., II 562 f.

es auch der Theorie des *ordre public* entspricht. Dies alles weist darauf hin, daß dieser Fall und sein scheinbares Abweichen von Präjudizien und unserm wertenden Kriterium nicht als ein Beispiel für die Bestimmung des Vertragsstatuts angesehen werden darf. Das «proper law» dieses Vertrages war vielmehr eindeutig das Recht am Wohnsitz des Borgers in Monaco.

IV. Nach Batiffol⁴³ bietet die Praxis der französischen Cour de Cassation in der Anknüpfung internationaler Darlehen das Bild einer in drei Etappen verlaufenden Entwicklung vom allgemeinen, formalen Anknüpfungsprinzip der *lex loci contractus* zum Recht des Ortes der Rückzahlung des Darlehens, welcher letzterer Anknüpfung Batiffol eindeutig den Vorzug gibt. Sicher ist auf alle Fälle, daß unter formalen Gesichtspunkten auch die französische Praxis nicht einheitlich erscheint. Auch hier stellt sich daher die Frage, ob diese Uneinheitlichkeit mehr einer schwankenden theoretischen Grundlage oder der berücksichtigten Verschiedenheit der konkreten Tatbestände angerechnet werden muß.

Da ist zunächst ein Entscheid der Chambre des requêtes aus dem Jahre 1857⁴⁴ zu beachten. Es handelt sich hier um ein in Cypern abgeschlossenes und dort beurkundetes Darlehen, auf welches das Gericht das dortige Recht anwendbar erklärt. Leider gibt der Text der Entscheidung keinerlei nähere Angaben über den Tatbestand und verunmöglicht damit eine genauere Analyse des faktisch getroffenen Entscheides, der formal betrachtet eindeutig Anknüpfung an die *lex loci contractus* darstellt.

Von größerem Interesse aus dem Gesichtspunkt dieser Arbeit sind die zwei folgenden Entscheide, den Entscheid der Chambre civile vom 21. Dezember 1874⁴⁵ und den Entscheid der Chambre des requêtes vom 19. Februar 1890⁴⁶. Für Batiffol⁴⁷ repräsentieren sie die Etappe, in der die Cour de Cassation den Ort der «réalisation» des Darlehens als maßgeblich betrachtete.

Im ersten Entscheid handelte es sich um ein in Frankreich abgeschlossenes, von einem offenbar in Frankreich domizilierten Darleiher zwei in Brasilien wohnhaften Borgern gewährtes Darlehen. Im Gegensatz zum vorerwähnten Entscheid wandte hier das Gericht brasilianisches Recht an, mit der Begründung

«... là se trouvait entre les mains des frères Colomb la somme due à Bonnard par suite de ses opérations antérieures comme commissionnaire des dits frères Colomb et qu'il consentait à leur prêter:»

⁴³ Batiffol, op. cit., 209 f.

⁴⁴ Cass. req. 10. Juni 1857 (S. 1859.1.751).

⁴⁵ Cass. civ. 21. Dez. 1874 (Clunet 1875, 354).

⁴⁶ Cass. req. 19. Febr. 1890 (Clunet 1890, 495).

⁴⁷ Batiffol, op. cit., 211.

Savatier ⁴⁸ interpretiert diesen Entscheid in dem Sinn, daß das Gericht auf den Ort der Übergabe des Darlehens, also den Erfüllungsort des Darleihers abgestellt habe. Batiffol ⁴⁹ vertritt die aus dem Wortlaut sich als näher liegend ergebende Auffassung, daß das Gericht auf den Ort der Verwendung abgestellt habe. Zur ersten Version ist zu bemerken, daß, wie der Text aussagt, eine eigentliche Übergabe gar nicht stattfand. Batiffols Ansicht kommt der Sache, so wie sie unsere Interpretation sieht, schon näher, er vermag aber, wie wir noch sehen werden, mit seiner Interpretation dem zweiten Entscheid nicht voll gerecht zu werden. Für unsere Interpretation muß nur darauf hingewiesen werden, daß das Gericht an den Wohnsitz des Borgers anknüpft, der für dieses nicht besonders geartete Darlehen als der maßgebliche Mittelpunkt der Borger erscheint. Diese Interpretation wird wesentlich gestärkt durch den zweiten Entscheid, bei welchem es sich um ein zwischen einem in Frankreich domizilierten Darleiher und einer in Ecuador Sitz habenden Gesellschaft brieflich abgeschlossenes, in Frankreich zu übergebendes Darlehen handelte, das in Paris und Manchester verwendet wurde ⁵⁰. Obwohl hier Savatiers maßgebliches Indiz, die Übergabe des Darlehens in Frankreich erfolgte, obwohl Batiffols Indiz, die Verwendung des Darlehens ebenfalls in Frankreich und England erfolgte, erachtete die Cour de Cassation dennoch das Recht des Sitzes des Borgers, also das Recht des Mittelpunktes der iuristischen Person maßgeblich. Beide Entscheide spiegeln also in ihrem Ergebnis wertende Grundsätze wieder, wie wir sie schon für die schweizerische und englische Praxis im wesentlichen feststellen konnten. Vor allem der interessante zweite Entscheid bietet einmal mehr ein Beispiel dafür, daß es nicht allgemein auf den Ort der Verwendung ankommt (wie es noch der erste Entscheid zulassen könnte), daß es aber andererseits auch nicht auf den Ort der Übergabe des Darlehens ankommt, wenn auch in den meisten Fällen die Übergabe am für das Darlehen maßgeblichen Mittelpunkt des Borgers erfolgen mag, sodaß diese beiden Indizien häufig zusammenfallen mögen. Entscheidend ist bei beiden Indizien allein, was sie über den maßgeblichen Mittelpunkt aussagen. Indirekt kommt dies auch in der sehr ausführlichen Argumentation der Cour d'Appel de Rouen, deren Urteil im zweiten Entscheid der Cour de Cassation ohne Änderung bestätigt wurde, zum Ausdruck, wenn dort erklärt wird:

⁴⁸ In Planiol et Ripert, *Traité pratique de dr. civ. français* (Paris 1932), XI 431.

⁴⁹ Batiffol, *op. cit.*, 211.

⁵⁰ Näherer Tatbestand und nähere Motivierung vgl. Cour Rouen 12. Juli 1889 (Clunet 1890, 123).

«qu'à cet égard il ne faut pas seulement considérer le lieu où les espèces ont été versées et l'emploi qui a pu en être fait, mais encore la personnalité de l'emprunteur . . .»

«qu'en admettant même que, si ces fonds . . . ont servi à payer des créanciers à Paris ou de Manchester, l'argent s'employant ordinairement dans le lieu où il est versé, il reste néanmoins constant que c'est à une maison étrangère que le crédit a été ouvert et que l'emprêteur courait toutes les chances d'insolvabilité et de ruine même d'une maison étrangère;»

woraus dann das Gericht auch den Sinn der für die französischen Wucherbestimmungen zu hohen, aber in den Rahmen derjenigen Ecuadors passenden Zinsen erklärte. Batiffol⁵¹ sucht aus den letzteren Ausführungen des Gerichts eine Rechtfertigung seiner Ansicht herzuleiten, daß die Rückzahlung dem Gericht als charakteristische Handlung erschienen sein müsse, wenn es auf das Risiko des Darleihers, das er mit einem internationalen Darlehen eingegangen ist, hinweise. M. E. hätte aber, wenn das Gericht dem Risiko des Darlehens an sich, und damit der Rückzahlung als Kern des Geschäftes, die entscheidende Bedeutung beigemessen hätte, nicht das Recht des Borgers maßgeblich sein können. Der Hinweis des Gerichts scheint mir eher dahin zu gehen, festzustellen, daß der Mittelpunkt des Borgers, trotz der Übergabe, Rückzahlung und Verwendung des Darlehens in Europa, auch im Bewußtsein des Darleihers die entscheidende Rolle spiele, indem das Risiko seines Darlehens sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen, in die der Mittelpunkt der Tätigkeit den Borger stellt, ergibt. Das Gericht deutet damit also nur an, daß auch wirtschaftlich gesehen, das Darlehen an eine iuristische Person in Ecuador ein in Ecuador lokalisiertes Darlehen darstelle, in die Zusammenhänge der dortigen Wirtschaft eindringe. Das Darlehen erscheint dem Richter als ein eindeutig in den Rahmen des Mittelpunktes des Borgers gehörendes Rechtsverhältnis, wie wir es auch überwiegend für die schweizerische und englische Judikatur aufweisen konnten.

Leider sind diese vor der Jahrhundertwende ergangenen Entscheide der Cour de Cassation ohne Nachfolge geblieben. Die späteren Entscheide, die Batiffol⁵² im Sinne seiner Theorie der Maßgeblichkeit des Ortes der Rückzahlung des Darlehens zitiert⁵³, stellen alles Fälle dar, in welchen das Gericht das Recht des Erfüllungsortes, des Ortes der Rückzahlung als zur Bestimmung der Zahlungswährung maßgeblich erklärt, was universalen Praxis entspricht. Die Entscheidung der Gerichte

⁵¹ Batiffol, op. cit., 213.

⁵² Batiffol, op. cit., 213 f.

⁵³ Cass. req. 2. Aug. 1926 (D. H. 1929, 417); Cass. req. 1. März 1926 (Clunet . 1926, 661); Cass. civ. 13. Juni 1928 (D. H. 1928, 430); Cass. civ. 14. Jan. 1931 (D. 1931.1.5); Cass. req. 16. Febr. 1932 (D. H. 1932, 161).

geht hier auf die Bestimmung des Nebenstatuts der Erfüllungshandlung aus; aus diesen Entscheiden Schlüsse auf das Vertragsstatut selbst zu ziehen, erscheint mir fragwürdig.

Wir haben eingangs darauf hingewiesen, daß die Praxis des Reichsgerichts einer formalen Betrachtung keine Schwierigkeiten bereitet. Abschließend wollen wir doch auch noch auf diese deutschen Entscheidungen eingehen.

Wenn auch die Interpretation dieser Entscheide im Geiste der traditionellen Theorie der Anknüpfungsbegriffe bei dieser Praxis durchaus möglich ist, entgehen dieser Betrachtungsweise, die den Besonderheiten der konkreten Tatbeständen keine Beachtung schenkt, wertvolle Momente, die bei einer besonderen Analyse dieser formal gleichlautenden Urteile nach dem Trennenden der konkreten Tatbestände und dessen Verhältnis zur formal gleichen Anknüpfung zu Tage treten. So geht die formale Betrachtung vor allem an zwei wesentlichen Merkmalen dieser Praxis vorbei, nämlich erstens, daß es sich bei der Großzahl der Fälle um Tatbestände ohne durch die Parteien bestimmten Rückzahlungsort handelt, und vor allem zweitens, daß in dieser Praxis die besonders wertvollen Spezialfälle, wie wir sie vor allem in der schweizerischen und englischen Judikatur finden, fehlen: Die deutsche Praxis weist weder einen analogen Fall zu BGE 63 II 44, noch ein Pendant zu den «Ferien-darlehen» der englischen Entscheidungen auf, während gerade an solchen außergewöhnlichen «Grenzfällen» der Richter seine wirkliche Entscheidung treffen muß.

In den Entscheiden RG 29.9.1919⁵⁴, RG 14.1.1931⁵⁵ und RG 5.10.1936⁵⁶ haben wir Fälle vor uns, in denen der Ort der Rückzahlung unbestimmt war und das Gericht unter subsidiärer Bestimmung des Erfüllungsortes nach deutschem Recht (Qualifikation nach *lex fori*) das Recht des Erfüllungsortes als maßgeblich betrachtete. Der Tenor der Entscheidung läßt erkennen, daß das Gericht diese Anknüpfung formal vollzog. Man beachte aber, daß im Gegensatz zum schweizerischen Recht der Zahlungsort einer Geldschuld nach deutschem Recht nicht am Wohnsitz des Gläubigers, sondern am Wohnsitz des Schuldners zu erfolgen hat (Holschuld). Das Gericht hat daher in diesen Fällen mit der *lex loci solutionis* das Recht des Wohnsitzes des Borgers angewandt. Es ist klar, daß bei einem solchen Tatbestand die Anwendung der *lex loci solutionis* als tragbar erscheinen muß, stimmt sie doch im Ergebnis überein mit dem wertenden Kriterium, das wir in der Mehrzahl der bisher betrachteten Urteile nachgewiesen haben. Die Entscheidung könnte allein ein Urteil bringen, in welchem sich das Reichsgericht mit einem

⁵⁴ RGZ 96, 277 (RG 29.9.1919).

⁵⁵ IPRspr. 1931 Nr. 30 (vgl. auch IPRspr. 1930 Nr. 30—31).

⁵⁶ RGZ 152, 213 (RG 5.10.1936).

in den Rahmen eines besonderen Mittelpunktes des Borgers gehörenden Darlehen, z. B. einem «Feriendarlehen» zu befassen hätte, oder mit einem Fall ausdrücklicher Vereinbarung eines vom Wohnsitz des Borgers verschiedenen Erfüllungsortes (Rückzahlungsort), wo sich der Richter zwischen *lex loci solutionis* und *lex loci debitoris* zu entscheiden hätte. In RG 30.9.1920⁵⁷ ist ein Entscheid ergangen, der sich in dieser Praxis am nächsten zu den genannten Beispielen verhält und der deshalb erhöhtes Interesse erweckt. Bei diesem Tatbestand handelte es sich um ein von einer Basler Bank an einen in Deutschland domizilierten Borger gewährtes Darlehen. Als Ort der Rückzahlung wurde der Sitz der Bank in Basel vereinbart, der Bank aber das Recht eingeräumt, auf Wunsch eine Zahlstelle in Deutschland zu bezeichnen, wovon die Bank dann Gebrauch machte. Bei diesem Tatbestand finden wir also einen durch die Parteien vereinbarten, am Wohnsitz des Darleihers gelegenen Rückzahlungsort, und einen in das Belieben des Darleihers gestellten, alternativen Rückzahlungsort im Lande des Wohnsitzes des Borgers. Das Reichsgericht hat deutsches Recht als maßgeblich betrachtet und den von der Bank gewählten deutschen Rückzahlungsort als Ort der Erfüllung betrachtet und somit formal betrachtet das Recht des Erfüllungsortes angewandt. Batiffol hat mit Recht hinter diese Anknüpfung in diesem Entscheid ein Fragezeichen gesetzt⁵⁸: Es ist wirklich fragwürdig, ob dieser alternative Erfüllungsort als maßgebliches Indiz brauchbar war, ob es nicht der hauptsächlich bestimmte Erfüllungsort war, oder letztlich der Erfüllungsort in der hier auftretenden Alternativform überhaupt kein Indiz darstellen konnte, weil im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses das maßgebliche Recht dadurch noch unbestimmt gewesen wäre und somit erst durch die freie Wahl des Darleihers hätte bestimmt werden müssen. Daß sich dabei das Gericht an ein Recht hielt, das auch das Recht des Mittelpunktes des Borgers war, wirft die Vermutung auf, daß diese etwas seltsame Anknüpfung an die *lex loci solutionis* durch die Lage des Mittelpunktes des Borgers verursacht wurde. Über eine Vermutung kann man bei diesem Charakter des Tatbestandes nicht gelangen. Ein abschließendes Urteil über die faktischen Beweggründe der deutschen Anknüpfungspraxis bei internationalen Darlehen wird sich erst dann fällen lassen, wenn einmal ein Tatbestand eines in den Rahmen eines besonderen Mittelpunktes des Borgers gehörenden Darlehens vor dieses forum getragen sein wird. Bis dann müssen wir uns mit der Feststellung begnügen, daß die deutsche Judikatur wenigstens nicht im Gegensatz zu unserem wertenden Kriterium steht und daß sie ebensogut mit diesem wie mit dem formalen Grundsatz interpretiert werden kann.

⁵⁷ RGZ 100, 79 (30.9.1920).

⁵⁸ Batiffol, op. cit., 207.

V. Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das aus dem faktischen Ergebnis der Anknüpfungspraxis des Bundesgerichts für internationale Darlehen induzierte wertende Kriterium des Mittelpunktes der Lebensverhältnisse des Borgers sich auch für eine Interpretation der deutschen, französischen und englischen Praxis eignet und somit die starke Vermutung besteht, daß es auch als zumal unbewußtes wertendes Kriterium hinter dieser Judikatur steht und somit Voraussagen künftiger Entscheide nicht allein des Bundesgerichts, sondern auch der übrigen genannten obersten Gerichte möglich machen sollte. Die Rationalisierung des Rechtsgefühls, das in diesen individuell anknüpfenden Entscheiden eine ausschlaggebende Rolle spielt, eine Rationalisierung dieses Rechtsgefühls in der wertenden Formel vom Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Borgers dürfte dem Gericht ein rational-bewußtes Entscheidungskriterium bieten, dessen Anwendung den Urteilen nichts von ihrer bisherigen, begrüßenswerten Dynamik nehmen würde, dieser Praxis aber das unentbehrliche zusätzliche Moment der Rechtssicherheit verschaffen würde. Voraussetzung allerdings wäre, daß dieses wertende Kriterium entsprechend verstanden und angewendet würde, nicht als formale Anknüpfungsregel, die auf die Maßgeblichkeit des Wohnsitzes des Borgers hinauslaufen würde, sondern als Anknüpfung an den Mittelpunkt des Borgers, wie er sich durch wertendes Urteil des Richters für das konkrete Darlehen ermitteln ließe, nämlich aus dem Zweck des Darlehens und dessen Beziehung zu einem allgemeinen oder speziellen Mittelpunkt der «vie active» des Borgers.

B. DOGMATISCH-DEDUKTIVE BETRACHTUNGEN ZUM WERTENDEN KRITERIUM DES MITTELPUNKTES DER LEBENSBEZIEHUNGEN DES BORGERS

3. KAPITEL

DAS DOGMA VON DER TERRITORIALITÄT DES RECHTS ALS GRUNDLAGE DES SATZES VOM ENGSTEN RÄUMLICHEN ZUSAMMENHANG

I. Für den Praktiker mag es genügen, durch induktive Beobachtung gerichtlicher Entscheide die Regeln, nach welchen die Gerichte rechtsprechen, festzustellen. Dem Theoretiker stellt sich noch die weitere Aufgabe⁵⁹, den induktiv gewonnenen Grundsatz durch Beziehung auf normative Axiome⁶⁰ zu rechtfertigen und so den Sinn des erkannten Grundsatzes und seine Richtigkeit⁶¹ zu bestimmen. Erst in der Erkenntnis des notwendigen Zusammenhangs des induktiv gewonnenen werten- den Anknüpfungskriteriums mit allgemeinen, anerkannten Grundsätzen zeigt sich, daß das wertende Kriterium nicht zufällig, sondern ein sinnvolles Kriterium darstellt.

Vorerst wollen wir die Grundsätze untersuchen, auf denen das wertende Kriterium des «engsten räumlichen Zusammenhangs» ruht und dabei die theoretischen Ursachen seines praktischen Versagens suchen.

II. Die bundesgerichtliche Formel ebenso wie Savignys Theorie vom «Sitz des Rechtsverhältnisses» basieren auf der Grundidee der Territorialität des Rechts. Nach dieser Vorstellung herrscht jedes nationale Recht ausschließlich innerhalb seines staatlichen Territoriums. Deutlich rührt die wesentliche Färbung des Kriteriums vom «engsten räumlichen Zusammenhang», nämlich die Betonung der räumlichen Aspekte in der Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsordnung von diesem Grundsatz her: Herrscht das nationale Recht nur innerhalb des staatlichen Territoriums, so ergibt sich mit logischer Notwendigkeit die kollisionsrechtliche Regel, daß alle subsumptionsfähigen Tatbestände dieses

⁵⁹ Vgl. Burckhardt, *Methode und System des Rechts* (Zürich 1936), 254 f., insbes. 256.

⁶⁰ Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Stuttgart 4. A. 1950), 97: «Sollenssätze, Werturteile, Beurteilungen können nicht induktiv auf Seinsfeststellungen, sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden.»

⁶¹ Richtigkeit sowohl als Aussage über den Wert der Norm, als auch indirekt über den Wert der Hypothese über diese Norm, wie sie die Induktion ergibt.

Rechts innerhalb des geographischen Raums dieses Landes lokalisiert sein müssen. Daher die Frage nach dem «Sitz des Rechtsverhältnisses».

III. Niboyet hat vor kurzem das Prinzip der Territorialität damit begründet, daß es der Ausdruck eines «fait social indiscutable» darstelle⁶². Nun wäre es wirklich unerlaubte Kühnheit, wollte man das empirische Faktum leugnen, daß, soweit unsere Erfahrung reicht, sich gewisse räumliche Beziehungen zwischen obligationsrechtlichen Tatbeständen und den von den Gerichten als maßgeblich betrachteten Rechtsordnungen wenigstens in dem Sinn nachweisen lassen, daß die Rechtsverhältnisse beispielsweise im Gebiet der Rechtsordnung zu erfüllen waren. Aber die Bedeutung, die dem territorialistischen Grundsatz im Kollisionsrecht beigemessen wird, geht viel weiter. Im IPR bedeutet der Grundsatz nicht allein eine soziologische Aussage, sondern eine iuristische Erkenntnis, derzufolge diese räumliche Beziehung den wesentlichen normativen Grund für die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsordnung darstellt. Das bloße empirische Faktum genügt ganz offensichtlich nicht, diese iuristische Hypothese zu rechtfertigen; die Vertreter dieser Theorie haben sich denn auch bemüht, ihr Dogma völkerrechtlich oder rechtsphilosophisch zu fundieren.

Der Versuch, den Grundsatz der Territorialität aus dem Völkerrecht zu deduzieren, spielt in der neueren Lehre mit ihren überwiegenden positivistischen Tendenzen eine bedeutsame Rolle⁶³: Der Grundsatz wird mit der völkerrechtlich umschriebenen Souveränität des Staates und deren Grenzen in Zusammenhang gebracht. Diese Konstruktion läßt sich aber mit dem geltenden Völkerrecht nicht in Einklang bringen, auch wenn man die moderne Theorie vom Primat der Völkerrechtsordnung⁶⁴ als Ausgangspunkt wählt. Zwar spricht diese Lehre von einer völkerrechtlichen Begrenzung des Geltungsbereichs der nationalen

⁶² Niboyet, *L'universalité des règles de solution des conflits est elle réalisable sur la base de la territorialité ?*, *Revue critique*, 39 (1950), 513.

⁶³ Als markanteste Repräsentanten dieser Theorie seien Zitelmann und Niboyet für das Civil law, Story, Dicey, Beale und das unter dem Einfluß des letzteren stehende Restatement für das Common law genannt: Zitelmann, *Internationales Privatrecht* (Leipzig 1897), I 68; Niboyet, *Revue critique* 39, 514; Story-Bigelow, *Commentaries on the Conflict of Laws* (Boston 8. A. 1883), 21; Dicey-Keith, *Conflict of Laws* (London 5. A. 1927), 23; Beale, *Jurisdiction of a Sovereign State*, 36 *Harvard L. R.* (1923), 241, 245.

Die ganze Richtung läßt sich auf die von Ulrich Huber in *De conflictu legum* vertretenen Grundsätze zurückführen, vgl. Davies, *The Influence of Huber's De conflictu Legum on English Private International Law*, 18 *BYBIL* (1937), 58. Bezeichnenderweise ist allen diesen Autoren auch Hubers Theorie der wohl erworbenen Rechte (*droit acquis, vested oder foreign created right*) gemeinsam, vgl. z. B. Zitelmann, *op. cit.*, I 66.

⁶⁴ Vgl. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts* (Basel 1948), I 25, mit Hinweis auf Verdross, Réglaude, Scelle und Kelsen.

Rechtsordnungen in räumlicher Hinsicht⁶⁵. Der Schein hängt aber allein an der Ambivalenz des Begriffs «Geltungsbereich». Wie Kelsen in gewohnter Klarheit der Formulierung darlegt⁶⁶, entspringt dieser Begriffs-Dualismus dem dualistischen Wesen der Rechtsnormen⁶⁷: Jede Rechtsnorm läßt sich formal in die Bestandteile Tatbestand und Rechtsfolge aufteilen, deren Verknüpfung die Aufgabe der Rechtsnorm ist. Entsprechend gilt jede Norm sowohl im Hinblick auf den Tatbestand als auch in bezug auf bestimmte Personen, die die Rechtsfolge, die von der Erfüllung des Tatbestandes abhängt, individualisieren und verwirklichen sollen. Jede Rechtsnorm besitzt also Geltung im Hinblick auf zwei verschiedene Kreise von Normadressaten, besitzt zwei Geltungsbereiche: Der Geltungsbereich der primären Norm und davon streng zu trennen der Geltungsbereich der Sanktionsnorm. Wenn wir sagen, dieser Rechtssatz gilt in der Schweiz, so kann dies sowohl bedeuten, daß er auf alle in der Schweiz realisierten Tatbestände oder aber, daß er nur für schweizerische Gerichte und Vollzugsbehörden gilt. Spricht man also generell von der Geltung eines Gesetzes, so hat man sich den Doppelsinn dieser Aussage bewußt zu sein. Wenn nun das Völkerrecht von einem kraft Völkerrecht territorial beschränkten Geltungsbereich des nationalen Rechts handelt, so hat es sein Augenmerk allein auf den Geltungsbereich der sekundären Norm des nationalen Rechts gerichtet und will besagen, daß der Geltungsbereich der sekundären Norm mit dem Jurisdiktionsbereich zusammenfalle, welcher völkerrechtlich begrenzt ist⁶⁸: Die völkerrechtliche Beschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der Rechtsordnungen ist das Korrelat zur völkerrechtlichen Kompetenzerteilung an die nationale normsetzende Gewalt⁶⁹. Jede Kompetenz bezieht sich auf ein Handeln, in casu auf Rechtsetzung und Rechtsprechung als Handlungen staatlicher Organe. Diese Handlungen dürfen nur dort vorgenommen werden, wo die Organe nach Völkerrecht räumlich kompetent sind, im Territorium des eigenen Staates. Der Subsumptionsbereich⁷⁰ hat zu dieser völkerrechtlichen Kompetenzausscheidung keine Beziehung, denn wenn ein Staat sein Recht auf extraterritoriale Tatbestände an-

⁶⁵ Guggenheim, op. cit., I 336; Kelsen, *Théorie générale du droit international public*, Recueil 42 (1932, IV), 192 f. und derselbe, *Reine Rechtslehre*, 147 f.; Verdross, *Völkerrecht* (Wien 2. A. 1950), 153 f.

⁶⁶ Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass. 1949), 60 f., insbes. 61 und derselbe, Recueil 42, 121 und 184 f.

⁶⁷ Dualismus in materielle (primäre) und Sanktions- (sekundäre) Norm, vgl. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre* (Einsiedeln 1948), 14.

⁶⁸ Vgl. im Gegensatz zur 1. Auflage Verdross, op. cit., 2. Auflage, 154.

⁶⁹ Guggenheim, op. cit., I 25.

⁷⁰ So wollen wir im folgenden den Geltungsbereich der primären Norm, den Bereich der subsumptionsfähigen Tatbestände, nennen. Gleiche Bedeutung wird auch dem Begriff Subsumptionskreis beigemessen.

wendbar erklärt, so bedeutet dies weder eine im Ausland vollzogene rechtsetzende oder rechtsprechende Handlung, noch eine Norm, die solche Handlungen normiert. Wenn ein Recht sich einen universalen Subsumptionskreis beimißt, so beeinträchtigt es damit keineswegs die Kompetenz der übrigen Rechtsordnungen, in ihrem Gebiet selbst Recht zu setzen und Recht zu sprechen. Nur der Geltungsbereich der sekundären Norm, der mit dem Jurisdiktionsbereich zusammenfällt, ist, weil er mit dem Jurisdiktionsbereich übereinstimmt, notwendig völkerrechtlich beschränkt⁷¹ und stellt das Phänomen dar, das die ältere Völkerrechtslehre mit dem eindrücklichen bildhaften Begriff von der «Undurchdringlichkeit»⁷² des Staatsgebietes erfaßt hat. Der Subsumptionskreis dagegen, und dies ist allein der Geltungsbereich, mit welchem sich das IPR befaßt⁷³, kann im Einklang mit den Prinzipien des Völkerrechts universal sein⁷⁴. In diesem Sinn hat der Internationale Gerichtshof im Haag 1927 den Lotus-Fall entschieden⁷⁵. Wie schon Savigny⁷⁶ feststellte, besitzt die Vorstellung von der Souveränität des Staates im IPR keine positive Bedeutung⁷⁷.

Die Theorie der völkerrechtlichen Rechtfertigung des Dogmas von der Territorialität des Rechts beruht, wie das bezeichnende Stichwort Beales von der «legislative jurisdiction»⁷⁸ zeigt und wie Zitelmanns Standpunkt erkennen läßt, wenn dieser die kollisionsrechtliche Geltung der Gesetze vom Bestehen des staatlichen Rechtsmachtbereichs abhängig macht⁷⁹, auf der unhaltbaren Gleichsetzung der beiden Geltungsbereiche und der somitigen Identifizierung von Subsumptions- und Jurisdiktions-

⁷¹ Weshalb man auch nicht vom «Gelten», sondern vom «Anwenden» fremder Normen durch den Richter spricht, indem erst das IPR der *lex fori* den Geltungsbereich der sekundären Norm ausweitet.

⁷² Freilich nur als Konsequenz der Souveränität, nicht als Funktion des Staatsgebietes, vgl. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin 1925), 143.

⁷³ «Gegenstand der Begrenzung (im IPR) sind Tatbestände», Neumeyer, *Intern. Verwaltungsrecht* (München 1910—36), IV 106.

⁷⁴ Kelsen, *Recueil* 42, 184: «Ces normes ont une domaine de validité territorial et personnel illimité, en ce qui concerne le fait-condition; à cet égard, elles valent partout et pour chacun. Mais leur domaine de validité territorial et personnel est, au contraire, limité en ce qui concerne le fait-conséquence: elles ne valent plus à cet égard que sur le territoire d'un certain Etat pour certains individus seulement.» Ebenso derselbe, *General Theory*, 209; Neumeyer, *op. cit.*, IV 122; Ago, *Règles générales du droit international privé*, *Recueil* 58 (1936, IV), 257 f.

⁷⁵ *Publ. Perm. Court*, *Serie A. No. 10* und *Serie C. No. 13—II* (1927).

⁷⁶ Savigny, *op. cit.*, VIII 24.

⁷⁷ Ebenso Ago, *op. cit.*, 257.

⁷⁸ Beale, *Harvard L. R.* 36, 241; *Restatement* § 55. Vgl. Nußbaum, *Principles of P.I.L.* (New York 1943), 26 f.

⁷⁹ Zitelmann, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich*, in: *Festgabe für K. Bergbohm* (Bonn 1919), 226 u. a.

bereich. Man beachte auch, daß ohne die Theorie der wohlerworbenen Rechte, die unter der Kritik heute zusammengebrochen ist⁸⁰, diese Gleichsetzung auf das Prinzip der absoluten Souveränität und damit der Beschränkung aller Rechtssprechung auf die *lex fori* hinausläuft, was völlig in Gegensatz zur Praxis und den vitalen Bedürfnissen steht. Will man heute überhaupt eine positive Feststellung über die Beziehung von Völkerrecht und IPR machen, so kann man nur mit Niederer skeptisch feststellen: «Das internationale Privatrecht ist Völkerrecht, also muß es Völkerrecht werden!»⁸¹

IV. Savigny selbst sucht das territorialistische Dogma rechtsphilosophisch zu begründen, nämlich aus dem spezifisch nationalen, einzelstaatlichen Wesen des positiven Rechts. Wie es in neuerer Zeit vor allem Frankenstein⁸² postuliert hat, geht Savigny vom Recht als sozialer Erscheinung aus; ganz im Geiste der von ihm repräsentierten historischen Schule richtet sich sein Blick darauf, daß das positive Recht von einer sozialen Gemeinschaft getragen wird⁸³, die entsprechend dem partikularen Charakter des positiven Rechts eine territoriale, nicht eine universale Rechtsgemeinschaft ist⁸⁴. Das positive Recht erscheint als das von und daher natürlicherweise auch für eine staatliche Gemeinschaft geschaffene Ordnungssystem eines menschlichen Zusammenlebens; kurz, es erscheint als das natürliche Recht einer territorial begrenzten Rechtsgemeinschaft⁸⁵: Nationaler Ursprung und nationale Funktion, wie sie das spezifisch national-partikulare Wesen des Rechts ausmachen, begründen nach dieser Auffassung die Normativität des Grundsatzes der Territorialität.

Der Gedanke, den natürlichen Subsumptionskreis des Rechts mit dem spezifisch nationalen Wesen des Rechts, aus welchem erst das ganze Kollisionsrechtsproblem entsprungen ist, in Beziehung zu bringen, drängt sich mit bestechender Überzeugungskraft auf. Indem wir aber diesen

⁸⁰ Rabel, *op. cit.*, I 61. Vgl. als Kritiker vor allem: Arminjon, *Notion des droits acquis en d. i. p.*, *Recueil* 44 (1933, II), 59 f. und Cook, *Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Cambridge, Mass. 1949, Neudruck), 19 f.

⁸¹ Niederer, IPR und Völkerrecht, in: *Schweiz. Jahrbuch für internat. Recht*, V (1948), 63, 82.

⁸² Frankenstein, IPR (Berlin 1927—35), II v: «Entweder das Recht wird als soziale Erscheinung begriffen; dann muß das Verhältnis zwischen Mensch und Rechtsordnung sich aus der Erforschung dieser sozialen Zustände ergeben; oder es wird nicht als soziale Erscheinung begriffen, — dann erübrigen sich wissenschaftliche Erörterungen.»

⁸³ Savigny, *op. cit.*, VIII 14.

⁸⁴ Savigny, *op. cit.*, VIII 16—17.

⁸⁵ Die Personalität z. B. im int. Personenrecht entspringt nur praktischen Bedürfnissen, nicht dem Wesen des Rechts, vgl. Rabel, *op. cit.*, I 107.

Grundlagen des territorialistischen Grundsatzes nachgegangen sind, erkennen wir auch seine wahre Bedeutung: Der territorialistische Grundsatz umschreibt nur sekundär den kollisionsrechtlichen Geltungsbereich, ist nur deshalb maßgeblich, weil die Rechtsgemeinschaft, für die das nationale Recht primär gilt, territorial begrenzt betrachtet werden kann. Das Recht gilt nicht für einen physikalischen Raum, in welchem sich die Rechtsverhältnisse «befinden» müssen, es gilt für die Lebensbeziehungen einer Rechtsgemeinschaft, die soziologisch betrachtet, territorial begrenzt ist. Daraus folgt, um in den Worten Neumeyers zu sprechen:

«Räumliche Anknüpfungen wie Aufenthalt der Beteiligten oder Ort einer Sache schließen die Verbindung mit einem Rechtssystem noch nicht unmittelbar in sich. Erst der Umstand, daß der Ort der Person oder der Sache auf ein Rechtsgebiet bezogen wird, schafft die Verbindung.»⁸⁶

Dabei muß der Begriff des Rechtsgebietes nicht als physikalische, sondern als soziale Kategorie verstanden werden. Der Subsumptionskreis des Rechts ist kein primär räumlicher, sondern wie in neuerer Zeit eine Reihe von Autoren, u. a. Jitta, Gutzwiller, Neumeyer und auch Schnitzer⁸⁷, feststellten, ein sozialer. Das nationale Recht ist nicht deshalb auf Tatbestände natürlich anwendbar, weil diese innerhalb des nationalen Territoriums «liegen», sondern weil es sich um Lebensverhältnisse handelt, die in den Rahmen des entsprechenden Gemeinschaftslebens gehören, wobei gewisse räumliche Merkmale wie Wohnsitz der Parteien, Erfüllungsort etc. solche Beziehungen indizieren mögen. Damit haben wir nichts anderes als die Auflösung der Savignyschen Fiktion vom Sitz des Rechtsverhältnisse vor uns, wie sie die Aufgabe der rein physikalischen Interpretation des Grundsatzes der Territorialität ermöglicht: Es kommt beispielsweise nicht auf den Erfüllungsort an, weil sich das Darlehen in der Erfüllungshandlung «verkörpert», wie Savigny formuliert hat, sondern der Erfüllungsort wird einfach als Indiz dafür betrachtet, daß das Darlehen in den Kreis der Beziehungen gehört, die in den Rahmen der Sozialsphäre am Ort der Erfüllung gehören. Die traditionellen räumlichen Anknüpfungspunkte dürfen nur als Anhaltspunkte für die An-

⁸⁶ Neumeyer, op. cit., IV 143.

⁸⁷ Jitta, Substance des obligations dans le d. i. p. (Haag 1906), I 21; Gutzwiller, Geltungsbereich der Währungsvorschriften (Fribourg 1940), 22: «Erscheint demnach die Rechtsordnung dergestalt ‚räumlich‘ begrenzt ... dann ergibt sich hieraus von selbst, daß dieser sog. ‚Raum‘ keine physikalische oder geographische, sondern eine soziale Kategorie sein muß.» Neumeyer, op. cit., IV 98; Schnitzer, op. cit., I 40: «An Stelle dieser sinnlich greifbaren, äußerlichen Anknüpfung suchen wir vielmehr die sinngemäße Anknüpfung ..., den funktionellen Zusammenhang des Tatbestandes mit einem durch eine bestimmte Rechtsordnung geregelten Gemeinschaftsleben.»

knüpfungswertung betrachtet werden, und sie erhalten ihren Sinn, ihre Bedeutung allein aus ihrem Bezug auf diese Anknüpfungswertung, die nach dem funktionellen Zusammenhang des Rechtsverhältnisses zu einem Gemeinschaftsleben fragt⁸⁸, wie wir feststellten. Letzteres ist von eminenter Bedeutung: Es gibt uns den Maßstab für die Bedeutung der einzelnen räumlichen Anknüpfungspunkte als Indizien des maßgeblichen Rechts. So erhält der Wohnsitz der Parteien als Indiz eine überragende Rolle, wenn man bedenkt, daß man danach sucht, in welcher Rechtsgemeinschaft ein Lebensverhältnis lokalisiert ist: Läßt sich der Raum der Rechtsgemeinschaft als territorial beschreiben, müssen Beziehungen, Lebensverhältnisse innerhalb dieser Rechtsgemeinschaft zwischen zwei dieser Rechtsgemeinschaft angehörigen Parteien bestehen, so weist der Wohnsitz der Parteien, mit welchem die Parteien territorial lokalisiert werden können, auf das maßgebliche Recht. Allerdings können, so haben wir am praktischen Beispiel des Darlehens gesehen, die natürlichen Personen gleichzeitig in verschiedenen Rechtsgemeinschaften leben; je nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses wird man die eine oder andere Lokalisierung zu bevorzugen haben. Wenn zwei Feriengäste ein kurzfristiges Feriendarlehen abschließen, so stehen sie bezüglich dieses Verhältnisses im Rahmen der Rechtsgemeinschaft des Ferienortes, obwohl für ihre allgemeinen Geschäfte das Zentrum ihrer Tätigkeit in einer anderen Rechtsgemeinschaft liegen mag. Daher haben wir dem Wohnsitz nur eine relative Bedeutung als Indiz eingeräumt und ihn in den Begriff des beweglichen Mittelpunktes aufgehen lassen, der neben dem Wohnsitz auch die gewerbliche Niederlassung und die Aufenthaltsorte als Indizien umfaßt.

V. Dadurch aber, daß man nach dem Zusammenhang eines Lebensverhältnisses mit einem Gemeinschaftsleben einer Rechtsgemeinschaft fragt, gewinnt man noch keine volle Lösung kollisionsrechtlicher Probleme. Zwar läßt sich aus dem richtig verstandenen territorialistischen Grundsatz das Recht nationaler Rechtsverhältnisse bestimmen, sowohl der rein, wie der wesentlich nationalen Rechtsverhältnisse. Bei diesen Lebensverhältnissen gehört die Beziehung der Parteien eindeutig in eine einzige Lebensgemeinschaft, weil beide Parteien bezüglich dieses Rechtsverhältnisses der gleichen Rechtsgemeinschaft angehören, z. B. beide den Wohnsitz im gleichen Land haben. Mögen die nur wesentlich nationalen Rechtsverhältnisse auch zusätzlich fremde Elemente unwesentlicher Art aufweisen, z. B. fremde Nationalität der Parteien, die Beziehungen der Parteien bleiben dennoch im Grunde national.

Dieser Gruppe von Tatbeständen stehen aber die eigentlich internationalen Lebensverhältnisse gegenüber, bei denen es sich um Bezie-

⁸⁸ Schnitzer, op. cit., I 40.

hungen zwischen zwei in verschiedenen Sozialsphären lebenden Parteien handelt, bei denen wir ein Geschäft des eigentlichen internationalen Verkehrs und Handels vor uns haben. Hier haben die Rechtsverhältnisse in ihrem über den Rahmen der einzelnen Lebensgemeinschaft Hinausragen einen Zusammenhang zu zwei Sozialsphären, ganz abgesehen von dem ganz anderen wirtschaftlichen Charakter dieser Geschäfte. Haben die Parteien eines Darlehens beispielsweise Wohnsitz in zwei verschiedenen Ländern, so kann man das Lebensverhältnis sowohl in den Rahmen der einen wie der anderen Sozialsphäre stellen, in keinem aber wird es vollständig aufgehen und eingeordnet werden können.

Hier nun versagt der territorialistische Grundsatz, der ganz auf nationale Phänomene eingerichtet ist und für den die eigentlich internationalen Lebensverhältnisse außerhalb seines Horizontes liegen: Das IPR hat nicht nur eine übernationale Funktion, es besitzt auch weitgehend einen übernationalen Gegenstand. Wie bei der übernationalen Funktion, so stellt sich auch hier die nationale Gebundenheit des IPR einer vollständigen, eindimensional-logischen Lösung entgegen. Diese Grenze des richtig verstandenen Grundsatzes der Territorialität gilt es zu erkennen. Hier auch liegt das eigentliche Versagen des Satzes vom «engsten räumlichen Zusammenhang», selbst wenn man ihn in geläuterter Form als Satz vom engsten sozialen Zusammenhang versteht. Sobald ein wirklich internationaler Tatbestand vorliegt, genügt das territorialistische Kriterium nicht mehr und es wird ein Zusatz notwendig, der sich hinter der Formulierung «engste . . . Beziehung» verbirgt, wie wir schon eingangs feststellten.

Soweit der territorialistische Grundsatz brauchbar ist, solange läßt sich unser neues Kriterium der Anknüpfung internationaler Darlehen aus dem richtig verstandenen Prinzip der Territorialität herleiten. Hier auf den Kreis der im weiteren Sinn «nationalen Darlehen» beschränkt, besitzt unsere Formel keinen Vorzug gegenüber dem allgemeinen, geläuterten Grundsatz. Seinen Wert gewinnt unser wertendes Kriterium erst voll, weil, wie wir in der Praxis sahen und im folgenden theoretisch darlegen werden, es sich auch bei eigentlich internationalen Darlehen bewährt: Für unser Kriterium hat der Unterschied zwischen nationalem und internationalem Darlehen gar keine Bedeutung, denn wenn allein der bewegliche Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Borgers als Indiz betrachtet wird, so lassen sich damit sowohl nationale wie internationale Darlehen anknüpfen.

Praktisch gesehen bedeutet das bisherige Ergebnis unserer theoretischen Betrachtung schließlich, daß Entscheide wie BGE 63 II 44, Entscheide wie die englischen, z. B. den Fall *Boissevain v. Weil*, oder Entscheide wie RG 29.9.1919, bei denen der relative Mittelpunkt von Darleiher und Borger im gleichen Land liegen, sich durch den geläuterten,

nicht wörtlich-physikalisch verstandenen Satz vom räumlichen Zusammenhang anknüpfen lassen: Es gibt hier gar keinen anderen brauchbaren Zusammenhang, und das zusätzliche Kriterium des engsten Zusammenhangs, das die bundesgerichtliche Formel entbehrt, ist hier überflüssig. Diese Tatbestände müssen trotz ihrer internationalen Elemente als wesentlich national angesprochen werden. Es ist denn auch nicht erstaunlich, daß die Gerichte aller so gelagerten Entscheide, mit Ausnahme des unglücklichen Boissevain-Entscheides, sich dafür aussprachen, daß das angewandte Recht völlig eindeutig das richtige erscheine, selbst in einem Fall solcher Besonderheit wie BGE 63 II 44. Man vergleiche nur die Worte des Bundesgerichts im letzteren Fall:

«Welches im vorliegenden Fall der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtung des Klägers sei, kann dahin gestellt bleiben, denn wie auch der Entscheid über diesen Punkt ausfallen mag, so liegt nach den gesamten Umständen das Schwergewicht des Rechtsverhältnisses der Parteien unzweifelhaft (sic!) in Deutschland . . .»

4. KAPITEL

DIE THEORETISCHEN GRUNDLAGEN DES KRITERIUMS DES MITTELPUNKTES DER LEBENSBEZIEHUNGEN DES BORGERS

I. Um die besondere Situation der eigentlich internationalen Lebensverhältnisse, in der der territorialistische Grundsatz nicht mehr ausreicht, zu beherrschen, hat die formale Anknüpfungslehre ein typisches, nämlich formallogisches Hilfsmittel, die sog. «große Spaltung» hervorgebracht. Sind z. B. die beiden Wohnsitze der Parteien oder die Erfüllungsorte des synallagmatischen Vertrages nicht im gleichen Land gelegen, weil die Vertragspartner in verschiedenen Rechtsgemeinschaften leben, so müßte bei formaler Anknüpfung an den Wohnsitz oder den Erfüllungsort das Recht zweier Länder angewandt werden. Nachdem man aber nicht gleichzeitig mehrere Rechtsordnungen maßgeblich betrachten kann, hat man die beiden Rechtsordnungen kurzerhand je für eine Hälfte des synallagmatischen Vertrages, für je eine der beiden Verpflichtungen, anwendbar erklärt. Diese salomonische Methode hat aus praktischen, wertenden Gründen ⁸⁹ eine berechtigte Opposition erregt und ist erfolgreich bekämpft worden. Als Ersatz dieser allzu logisch-mechanischen Lösung

⁸⁹ Homberger, op. cit., 10 f.; Schnitzer, op. cit., II 573 f.; Niederer, ZSR NF 60, 279a f.; Rabel, op. cit., II 467 f.

hat man den Grundsatz der Näherberechtigung⁹⁰ postuliert und ihn in neuerer Zeit dahin präzisiert, es gelte diese internationalen Rechtsverhältnisse in einem nationalen Lebenskreis zu lokalisieren, zu zentrieren⁹¹. Es ist wesentlich, die genaue Bedeutung dieses Postulats zu erkennen: Ein Rechtsverhältnis, das über einen einzelnen, nationalen Lebenskreis hinausreicht und keine Bindung zwischen zwei in der gleichen Rechtsgemeinschaft lebenden Personen, sondern eine Bindung zwischen zwei in zwei verschiedenen Sozialsphären lebenden Personen darstellt, soll genau wie Lebensverhältnisse, die nur einem einzigen nationalen Lebenskreis angehören, subsumiert werden unter nationales Recht: Nachdem es nur nationale Rechtsordnungen, die ihrem Wesen nach für nationale Tatbestände gelten, gibt, können internationale Rechtsverhältnisse nur so normiert werden, daß man sie in bestimmter Weise nationalen gleichsetzt. Man behandelt internationale Lebensverhältnisse (immer im engeren Sinn des Wortes verstanden) wie nationale; das besagt das Bild der nationalen Lokalisierung internationaler Lebensverhältnisse. Auf was es aber bei dieser Subsumierung mittels Analogie ankommt, welches das Kriterium dafür ist, lassen diese Theorien ebenso wie der Satz vom engsten räumlichen Zusammenhang offen. Sie sind richtige Fragestellungen, aber keine Antworten.

II. Analoge Subsumierung internationaler und nationaler Lebensverhältnisse setzt voraus, daß sich beide wenigstens in gewissen Hinsichten gleich verhalten. Wenn ein Richter auf ein internationales Darlehen das Recht des Staates X anwendet, so bedeutet dies, daß er in wesentlicher Hinsicht keinen Unterschied zwischen besagtem Darlehen und den nationalen Darlehen des Staates X sieht, während sich das internationale Darlehen des Falls von den nationalen Darlehen anderer, möglicher Rechte in wesentlichem Maße oder in wesentlichem Maße unterscheidet und daher nicht mit diesen analog angeknüpft werden kann. In welcher Hinsicht die Lebensverhältnisse im Minimum analog sein müssen, um dem gleichen Recht zu unterstehen, ist die Frage nach dem entscheidenden wertenden Anknüpfungskriterium, das durch praktische Erwägung und von Vertragstyp zu Vertragstyp verschieden zu konzipieren ist.

III. Wenn wir nun beobachteten, daß die Gerichte bei Darlehen allein schon den Mittelpunkt des Borgers als maßgeblich für die Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsordnung betrachteten, so bedeutet dies, daß die Gerichte internationale und nationale Darlehen in unserem

⁹⁰ Kahn, op. cit., I 31 f.

⁹¹ Rabel, op. cit., II 443 und 483; Schnitzer, op. cit., II 564 f.; auch Jitta, op. cit., I 25.

Sinne mit gleichem Mittelpunkt des Borgers als wesentlich analoge Erscheinungen betrachteten.

Weshalb? Internationale wie nationale Darlehen, bei denen der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Borgers identisch ist, unterscheiden sich nicht in ihrer Wirkung: Sie haben eine wirtschaftliche Funktion in der gleichen Sozialsphäre gemeinsam. Der Zweck des Darlehens, dem Borger die Verfügungsgewalt, den Gebrauch eines Kapitals zu verschaffen, erfüllt sich immer am Mittelpunkt des Borgers, wo immer der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Darleihers liegt, der keinen wesentlichen Einfluß auf das Darlehen hat. Am deutlichsten kommt dies in der französischen Judikatur und ihrer Anknüpfung an den Ort der «réalisation» zur Geltung, vor allem auch in der Ablehnung der Lokalisierung der Funktion des Darlehens am Orte der Übergabe, eine Differenzierung, die wir auch bei Leonhard und seiner Unterscheidung zwischen Erfüllungsort und «Schuldort» finden⁹². Sicherlich haben nationale und internationale Darlehen mit gemeinsamem Erfüllungsort oder mit gleichem Vertragsabschlußort gemeinsame Merkmale. Dennoch genügen diese nicht für eine analoge Anknüpfung, denn sie weisen nicht auf psychologisch wichtige Gemeinsamkeiten, vor allem nicht auf eine gemeinsame Funktion der Darlehen hin. Ein Darlehen, zwischen zwei in der gleichen Rechtsgemeinschaft lebenden Personen abgeschlossen, verliert seinen nationalen Charakter nicht, wenn es zufällig im Ausland abgeschlossen wurde, denn es spielt dort gar keine Rolle, sondern hat seine Funktion ungeschmälert in der Sozialsphäre der beiden Vertragspartner. Ebenso wenig besitzt ein Darlehen, das im Staate A zwischen den in den Staaten B und C lebenden abgeschlossen wurde und nicht in einem besonderen Zusammenhang der Parteien zum Lande A (z. B. kein Feriendarlehen) steht, seiner wirtschaftlichen Funktion und Bedeutung nach eine analoge Stellung in der Sozialsphäre des Staates A, wie die rein nationalen oder zumal wesentlich nationalen Darlehen dieses Staates, die ihre Funktion im Wirtschaftsleben dieses Staates besitzen. Das internationale Darlehen wird vielmehr sein Gewicht im Staate C, in welchem der Borger lebt, liegen haben und in wesentlicher Hinsicht als analog zu den nationalen Darlehen dieser Rechtsgemeinschaft erscheinen. Gleich wie mit dem Abschlußort verhält es sich mit Erfüllungsort und Mittelpunkt des Darleihers. Wiederum kann auf das instruktive Urteil der Cour d'Appel de Rouen vom 12. Juli 1889 hingewiesen werden, worin ausgeführt wird, daß es auch für den Darleiher selbst ein wesentlicher Unterschied ist, ob das Darlehen als nationales einen Borger in der gleichen Sozial- und Wirtschaftssphäre aufweist, oder als internationales im

⁹² Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort (Bonn 1907), 2, 75 f., 145.

engeren Sinn einen ausländischen Partner. Erfüllungsort und Abschlußort können höchstens soweit Bedeutung erlangen, als sie auf den besonderen Charakter des Darlehens hinweisen mögen und auf die Bestimmung des Mittelpunktes des Borgers damit einen Einfluß ausüben können.

Diese Erklärung der Anknüpfung internationaler Darlehen wie der wesentlich oder rein nationalen Darlehen ist der Schlüssel zu den als weitgehend dem richterlichen Rechtsgefühl entsprungenen, angeführten Entscheiden schweizerischer, deutscher, französischer und englischer Gerichte, die alle das Darlehen mit internationalen Elementen an das Recht des (beweglichen) Mittelpunktes der Lebensbeziehungen des Borgers anknüpften.

2. TEIL

DIE OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG INTERNATIONALER ANLEIHEN

5. KAPITEL

DIE OBJEKTIVE ANKNÜPFUNG INTERNATIONALER ANLEIHEN IN DER PRAXIS

I. Das Bundesgericht stand im wesentlichen ¹ in drei Entscheiden vor der Aufgabe, das maßgebliche Recht internationaler Anleihen objektiv zu bestimmen, in BGE 54 II 257, 57 II 69 und 59 II 361. Im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Judikatur internationaler Darlehen bereiten diese Entscheide einer Interpretation im Sinne der formalen Lehre von der Maßgeblichkeit des Erfüllungsortes keine Schwierigkeiten, ja der Wortlaut der beiden älteren Urteile scheint eine solche Interpretation geradezu zu provozieren.

Gegen diese Anknüpfung internationaler Anleihen an den Erfüllungsort wendet sich Niederer mit Vehemenz². Er weist darauf hin, daß die Anknüpfung an den Erfüllungsort internationaler Anleihen, die ihrer internationalen Natur nach fast durchwegs alternative Zahlungsorte aufweisen, zur Maßgeblichkeit mehrerer Rechtsordnungen auf das gleiche Anleihen führen muß. Dabei wird das maßgebliche Recht nicht allein in die Willkür der Anleihensgläubiger gestellt, bei denen die Wahl unter den alternativen Erfüllungsorten liegt, es wird dadurch auch die notwendige wirtschaftliche wie rechtliche Gleichstellung aller Titelgläubiger einer Anleihe gefährdet. Geht man von einer allgemein anerkannten Einheit der Schuldverschreibungen der gleichen Anleihe oder Anleihenstranche aus, so tritt die Problematik dieser Anknüpfung besonders plastisch hervor, denn

«... wenn der Ort der ‚engsten räumlichen Beziehung‘ überhaupt einen Sinn haben soll, dann nur den, daß er nicht überall gleichzeitig ist.» ³

Weist ein internationales Anleihen alternative Zahlungsorte auf, so besitzt der Erfüllungsort in diesen Fällen für sich allein nur zufälligen Cha-

¹ Ein viertes Urteil, BGE 62 II 40, ist hier nicht berücksichtigt, da der in seinem Text mitgeteilte Tatbestand für nähere Betrachtung unergiebig ist.

² Niederer, Kollisionsrechtliche Probleme bei intern. Anleihen, in: Festgabe für E. Großmann (Zürich 1949), 279 f.

³ Niederer, op. cit., 280.

rakter. Er kann höchstens zur Bestärkung anderer, gleichlautender Indizien dienen.

II. Diese unbestreitbaren Einwände gegen die bundesgerichtliche Praxis drängen sich nur solange auf, als man diese im Geiste der Theorie der Anknüpfungsbegriffe interpretiert und sich diese Praxis in mechanisch-formaler Weise in der Zukunft an anderen Tatbeständen fortgesetzt denkt. Betrachtet man die drei Entscheide dagegen mit Hinblick auf ihr konkretes, individuelles Ergebnis, so verstoßen sie nicht gegen unser Rechtsgefühl, sondern vermitteln einen durchaus billigen und richtigen Eindruck. Beachtet man schließlich, daß es sich bei den Tatbeständen dieser kaum kritisierbaren Urteile gerade um Anleihen mit alternativen Zahlungsorten handelte, wo, wie wir sahen, die Anknüpfung an den Erfüllungsort höchst fragwürdig ist, so richtet sich einmal mehr auch hier unser Blick auf die Fragwürdigkeit formaler Interpretation kollisionsrechtlicher Entscheide.

Auch trotzdem sich hier eine einheitliche, formale Interpretation der bundesgerichtlichen Praxis durchführen läßt, wird diese Interpretation der Praxis nicht gerecht. Auch hier entgehen dieser schematisierenden Betrachtungsweise die Details und Nuancen, in denen gerade das Entscheidende dieser Präjudizien liegt und worin deren wertende Anknüpfungstechnik zum Ausdruck kommt. Die formale Methodik sucht nur nach den in den Entscheiden gemeinsam als maßgeblich erachteten Anknüpfungsbegriffen, ohne diese Anknüpfungsmomente mit dem individuell-konkreten Tatbestand zu konfrontieren und die Tatbestände in ihrer Besonderheit untereinander zu vergleichen. Eine Analyse der faktischen Anknüpfung in den genannten Fällen zeigt, daß das Bundesgericht auch hier nicht formal an den Zahlungsort als Erfüllungsort angeknüpft hat, sondern deshalb, weil nach dem Tatbestand der Zahlungsort ein maßgebliches Anknüpfungsindiz darstellte, wobei sich das Gericht der Problematik der Anknüpfung an den Erfüllungsort bei alternativen Zahlungsorten durchaus bewußt zu sein scheint, wenn es in BGE 59 II 361 feststellt:

«Es ergibt sich ... daß das Bundesgericht ... nicht schlechthin auf Grund eines objektiven Prinzips auf das Recht des Erfüllungsortes abstellt, vielmehr fällt dieses in Betracht, wenn und weil es die Parteien ... vernünftiger- und billigerweise als anwendbar halten konnten und mußten. In diesem Sinne ist auch das Urteil des Bundesgerichts vom 13. Sept. 1933 i. S. „MIAG“ gegen Gebr. Bühler aufzufassen, wo das Bundesgericht es deshalb abgelehnt hatte, auf das Recht des Erfüllungsortes abzustellen, weil die Parteien ... vernünftigerweise auf alle Wirkungen des Vertrages ein einheitliches Recht anwendbar erklärt hätten, das Vorhandensein

verschiedener Erfüllungsorte eine solche einheitliche Rechtsanwendung aber nicht gewährleistet hätte.»

Und in BGE 68 II 206 deutet es in einem «obiter dictum» zu einem Anleiheentscheid mit Rechtswahl durch die Parteien auf die gleiche Problematik und erklärt:

«Selbst in Fällen, wo keine Vereinbarung über das anwendbare Recht vorliegt, versucht denn auch die Rechtslehre bei internationalen Anleihen sich von dem oft rein zufälligen Erfüllungsort als Anknüpfungspunkt für die Rechtsanwendung freizumachen und strebt nach einheitlichen Lösungen.»

Eine Gegenüberstellung der Tatbestände der Entscheide 54 II 257 und 57 II 69 einerseits und des Tatbestandes von 59 II 361 andererseits läßt die wirklichen Kriterien, nach welchen das Gericht faktisch angeknüpft hat, hervortreten. Das Gericht weist in 59 II 361 selbst ausdrücklich auf die Verschiedenheit dieser beiden Gruppen und die von ihm vorgenommenen Überlegungen in diesen drei Fällen und bietet somit selbst den Schlüssel zu seiner Praxis. In Übereinstimmung mit diesen Ausführungen des Gerichts läßt sich folgendes festhalten: In den beiden ersteren Entscheiden handelt es sich um Rechte aus Anleihen, die in der Schweiz aufgelegt worden waren, u. a. auch in der Schweiz Zahlungsort aufwiesen, deren Anleihensnehmer aber ausländische Firmen waren. In beiden Fällen hatten die Anleihens-Subskribenten oder Anleihensinhaber ihren Wohnsitz an einem schweizerischen Zahlungsort. Das Bundesgericht hat unter Hinweis auf den schweizerischen Erfüllungsort schweizerisches Recht angewandt. Im dritten Fall dagegen handelte es sich um ein sowohl in der Schweiz wie in Deutschland aufgelegtes Anleihen eines bulgarischen Anleihensnehmers, das wie die beiden vorangehenden Anleihen einen alternativen Zahlungsort in der Schweiz aufwies. Ein Zahlungsort in Deutschland war ebenfalls alternativ vorgesehen. Der Anleihensgläubiger in diesem Fall war eine in Deutschland domizilierte Bank, die zur Sicherung der Rückzahlung der Obligation in Basel, dem schweizerischen Zahlungsort, Arrest auf ein Guthaben der bulgarischen Anleihensnehmerin genommen hatte. Das Gericht betrachtete in diesem Fall deutsches Recht als maßgeblich und wies den Gedanken, daß ein in Deutschland emittiertes und dort mit einem alternativen Zahlungsort versehenes Anleihen unter das Recht eines andern, fremden alternativen Erfüllungsortes gehöre als «vernünftigerweise ... schlechthin unerfindlich» ab. Der Hinweis auf den Sitz des Anleihensgläubigers in diesem Fall dient allein dazu, auf diesem Faktum eine Vermutung für den Emissionsort der Titel dieses Gläubigers zu begründen, nachdem diese Anleihe sowohl in Deutschland als in der Schweiz emittiert worden waren. Grob

gesprochen handelt es sich, so gestattet ein Vergleich der konkreten Entschiede festzustellen, also in beiden älteren Tatbeständen um in der Schweiz emittierte und im letzteren Fall in Deutschland emittierte Anleihen, auf welche erstere das Bundesgericht schweizerisches und auf das letztere deutsches Recht anwandte. Was in den beiden ersteren Entschieden, bei denen Emissionsort und vom Gläubiger gewählter alternativer Zahlungsort zusammenfallen, noch nicht deutlich hervortritt, nämlich die das Indiz des Emissionsortes nur bestärkende Bedeutung des Zahlungsortes, wird offenbar im dritten Entscheid, wo Emissionsort und gewählter alternativer Zahlungsort auseinander fallen und das Gericht sich vom Indiz des Emissionsortes leiten läßt.

Was hat das Bundesgericht in diesen drei Entschieden tatsächlich getan? Es hat die internationalen Anleihen daraufhin geprüft, in welcher Sozialsphäre, in welchem nationalen Wirtschaftsleben, welchem Anleihensmarkt diese Anleihen zum normalen, hauptsächlichen Umlauf bestimmt waren. Wird ein Anleihen an einem Ort durch Auflegen zur öffentlichen Zeichnung als Wertpapier in den Verkehr gebracht, so ist dies ein kaum entkräftbares Indiz dafür, daß das Wertpapier zum vorwiegenden Umlauf in diesem Lande bestimmt war⁴, denn sonst wäre vernünftigerweise die Emission an einem anderen Ort, vorab am Wohnsitz des Anleihensnehmers erfolgt. Daß das Bundesgericht dem Emissionsort die Bedeutung eines Hauptindizes beimißt, haben wir bei diesen Fällen schon festgestellt. Da wir es nicht mit formaler Anknüpfung zu tun haben, besteht die Möglichkeit für eine ganze Reihe⁵ anderer Indizien, wie z. B. den ausschließlichen Erfüllungsort in einem Lande, die Bestellung eines Trustee, der Sitz des Anleihennehmers, die Sprache, in der das Wertpapier abgefaßt und die Form, in die es gekleidet ist. Dennoch aber dienen diese Indizien nur zu einer weiteren Bestärkung des Hauptindizes und können, wenn sie gegen dieses Hauptindiz aussagen, nicht ausschlaggebend sein. Es liegt diese Eigenart in der besonderen Bedeutung der Begebung für den Titel⁶. Im Ergebnis dieser wertenden Anknüpfung kommen wir somit zu einem gleichen Resultat, wie Frankenstein und Niederer⁷, die den Emissionsort als formales Anknüpfungsmoment postulieren: Der wertenden Anknüpfung des Bundesgerichts erscheint der Emissionsort der Anleihe als Hauptindiz für die Sozialsphäre, in welcher der Titel zum normalen Verkehr bestimmt ist und deren Rechtsordnung daher als maßgeblich erachtet wird.

⁴ Rabel, *Conflict of Laws* (Chicago 1945—50), III 13 f.; Frankenstein, IPR (Berlin 1926—35), II 353.

⁵ Rabel, *op. cit.*, III 13, 14; Schnitzer, IPR (Basel 3. A. 1950), II 627; Jitta, *Substance des obligations en d. i. p.* (Haag 1907), II 259.

⁶ Vgl. unten S. 79.

⁷ Frankenstein, *op. cit.*, II 353; Niederer, *op. cit.*, 282.

III. Die neuere ausländische Praxis stimmt mit der so interpretierten schweizerischen Judikatur in sozusagen vollständiger Weise überein. Widersprechende Präjudizien sind eine unbedeutende Seltenheit ⁸.

In der Judikatur des Reichsgerichts ist vor allem auf das bekannte Urteil in Sachen der Kreissparkasse Aachen, RG 28.5.1936 ⁹ hinzuweisen. Das Gericht geht hier davon aus, daß die Emission des Anleiheens in den USA erfolgte, daß ebenso zwei alternative Erfüllungsorte in den USA vereinbart waren und daß für das auf Dollar lautende Anleihen in New York ein Trustee eingesetzt wurde und wendet deshalb amerikanisches Recht an, obwohl der Anleiheensnehmer wie der Anleiheensgläubiger in Deutschland domiziliert sind. Das Gericht konnte hier eine ganze Reihe gleichgerichteter Indizien anführen, die alle in der Aussage übereinstimmten, das Anleihen sei für den amerikanischen Anleiheensmarkt, für den dortigen Wertpapierverkehr bestimmt gewesen. Wie in den beiden älteren Entscheiden der schweizerischen Praxis kommt in diesem Fall durch das Zusammenfallen einer Vielfalt gleicher Anhaltspunkte die überragende Rolle des Emissionsortes nicht zur Geltung. Leider hatte das Reichsgericht später keine Gelegenheit mehr, auf diese Frage einzutreten, die es hier im Zusammenhang mit der Joint Resolution zu behandeln hatte, indem durch eine von diesem Urteil provozierte Gesetzesnovelle ¹⁰ die Frage nach dem Obligationenstatut internationaler Anleihen im Zusammenhang mit der Goldklauselfrage überflüssig wurde.

In gleicher Weise hat der österreichische Oberste Gerichtshof bezüglich der amerikanischen Tranche einer österreichischen Staatsanleihe ¹¹ entschieden. Obwohl hier der Anleiheensnehmer ein fremder Staat war, hat der Umstand, daß das Anleihen in den USA emittiert, dort zurückzahlbar, in Golddollar abgeschlossen und in englischer Sprache abgefaßt war, die Maßgeblichkeit amerikanischen Rechts annehmen lassen. Erläuternd dient dabei das Gutachten eines Plenarsenats des Obersten Gerichtshofs vom 26.11.1935 ¹², in welchem der Gerichtshof darauf hinweist, daß Emissionsort, Zahlungsort, Ort der Gegenzeichnung durch die emittierende Bank, Währung und Form der Schuldverschreibung im gleichen Land, in casu USA, eindeutig das Hinzielen der Anleihe auf den amerikanischen Kapitalmarkt anzeigen und deshalb amerikanisches Recht, das Recht dieses angestrebten Kapitalmarktes als anwendbar betrachtet.

⁸ Z. B. Stadtgericht von Oslo, 17.11.1936, ZauslPR 11 (1937), 289.

⁹ ZauslPR 10 (1936), 385; weiterer Entscheid in diesem Sinn RG 12.11.1934, JW 1935, 189.

¹⁰ ZauslPR 10 (1936), 391, 666.

¹¹ OGH 10.7.1936, ZauslPR 11 (1937), 269.

¹² ZauslPR 9 (1935), 891.

Aus der italienischen Judikatur ist vor allem auf den Entscheid der Tribunale di Turino vom 7.7.1934 ¹³ hinzuweisen, in welchem das Gericht erklärt, daß die Emission eines Anleihens an einem vom Anleihsnehmer gesehen ausländischen Ort in erster Linie bedeutet, daß dieser Anleihsnehmer sein Anleihen bei ausländischen Sparern unterbringen wollte. Erwirbt ein im gleichen Land wie der Anleihsnehmer domicilierter Gläubiger einen solchen Titel, so hat er sich damit den fremden Wirtschaftsverhältnissen, für die der Titel geschaffen wurde, unterworfen, ansonst er eine im eigenen Land emittierte und hier zum Verkehr bestimmte Anleihe hätte zeichnen oder deren Titel kaufen müssen.

Deutlich tritt vor allem auch das House of Lords im englischen *leading case* *Rex v. International Trustee* ¹⁴ für die Maßgeblichkeit des Rechts des Emissionsortes ein, selbst dann, wenn der Anleihsnehmer ein fremder Staat ist und wenn ein alternativer Zahlungsort im Gebiet dieses Staates vereinbart ist. Die Bestimmung des Anleihens für den amerikanischen Kapitalmarkt war auch hier das ausschlaggebende Argument für die Maßgeblichkeit dieses Rechts.

Die französische Cour de Cassation hat sich meines Wissens in neuerer Zeit nicht mit der Frage des Obligationsstatuts internationaler Anleihen befaßt, indem es bei den Goldklauselentscheiden, die in anderen Gerichtshöfen vor allem die Frage des Obligationsstatuts aufwarfen, diese Frage völlig übergang ¹⁵ ¹⁶. Dagegen bietet beispielsweise die Praxis der erstinstanzlichen Tribunal de la Seine Beispiele für die Maßgeblichkeit des Rechts des angezielten Kapitalmarktes, angezeigt durch den entsprechenden Emissionsort und einen gleichgerichteten alternativen Zahlungsort ¹⁷, so, wenn sie bei der holländischen Tranche einer Anleihe der amerikanischen Bethlehem Steel Co., die alternativ Zahlungsorte in den USA, England und Holland aufwies und deren Titel im Besitze einer französischen Gläubigerin waren, holländisches Recht als das Recht des Emissionsortes anwandte; ebenso bei einer von einer norwegischen Firma in den USA emittierten, mit alternativen Zahlungsorten in den USA, England und Schweden versehenen Anleihe, bei der amerikanisches Recht als maßgeblich befunden wurde, oder bei einer von einer finnischen Firma in Frankreich emittierten Anleihe mit Zahlungsort in Finn-

¹³ Trib. Turin 7.7.1934, *Foro it.* 1934 I 351; *ZauslPR* 9 (1935), 202; ebenso Trib. Neapel 21.2.1936, *Foro it.* 1936 I 498, *ZauslPR* 10 (1936), 394.

¹⁴ (1937) A. C. 500 (H.L.), 18 *BYBIL* (1937), 219.

¹⁵ Vgl. z. B. Cass. civ. 21.6.1950, *Revue critique* 39 (1950), 611.

¹⁶ Hamel, *Application des lois monétaires ... et les principes des conflits de lois*, *NRDIP* IV (1937), 508 N 4.

¹⁷ Trib. civ. Seine 27.3.1935, *Bulletin* 33 (1935), 105; Trib. comm. Seine 23.6.1939, *Bulletin* 41 (1939), 285; Trib. civ. Seine 22.3.1939, *Bulletin* 41 (1939), 87.

land, Frankreich, England und Schweden, französisches Recht herbeigezogen wurde.

Deutlich treten diese Grundsätze schließlich auch in der Rechtssprechung der holländischen ¹⁸, belgischen ¹⁹, schwedischen ²⁰, dänischen ²¹ und amerikanischen ²² obersten Gerichte auf.

6. KAPITEL

DIE THEORETISCHE RECHTFERTIGUNG DES WERTENDEN GRUNDSATZEN DER INTERNATIONALEN PRAXIS

I. Trotzdem Darlehen und Anleihen wirtschaftlich betrachtet verwandte Erscheinungen sind, gehört die Frage der Anknüpfung internationaler Anleihen nicht in den Problemkreis des Kollisionsrechts internationaler Darlehen. Es handelt sich vielmehr um eine Frage nach dem maßgeblichen Recht bei Inhaber-Schuldverschreibungen. Daraus erklärt sich die ganz verschiedene Anknüpfung der beiden Geschäfte durch die Praxis.

II. Die Partialobligation einer Anleihe stellt eine in einem Wertpapier verkörperte, einseitige Verpflichtung dar, die je nach der Rechtsordnung mehr oder weniger vollständig vom Grundgeschäft abstrahiert ist. Wesentlich ist der enge Zusammenhang zwischen der einseitigen, abstrakten Verpflichtung und dem Wertpapier, der körperlichen Sache: Die Verpflichtung folgt der Sache, ihr Inhalt wird im Text der Sache (Urkunde) umschrieben. Dennoch muß zwischen dem Wertpapier als Sache und dem darin verkörperten Recht unterschieden werden: Die Verbindung von Sache und Forderung ist keine natürliche, sondern eine durch das Recht realisierte. Die Rechtsordnung verleiht der Sache den Wertpapiercharakter.

Entsprechend ist, wie allgemein anerkannt wird, kollisionsrechtlich zu unterscheiden zwischen dem Recht, dem das Wertpapier als Sache untersteht, dem Sachstatut, und dem Recht, das die Verkörperung der Verpflichtung im Wertpapier als Sache bestimmt. Letzteres Recht kann

¹⁸ H. R. 10.10.1935, ZauslPR 11 (1937), 199; H. R. 11.2.1938, Nederlandsche Jurisprudentie 1938, 1073; H. R. 26.5.1939, Bulletin 41 (1939), 90.

¹⁹ Cour cass. (belge) 24.2.1938, D. 1938.2.57.

²⁰ H. D. 30.1.1937, NRDIP IV (1937), 402, ZauslPR 11 (1937), 286.

²¹ Højesteret 13.12.1934, Bulletin 33 (1935), 269, bestätigend den Entscheid des östlichen Landgerichts 3.2.1934, ZauslPR 9 (1935), 280.

²² U. S. Supreme Court 22.5.1939 (Doppelentscheid), Bulletin 40 (1939), 95 und 41 (1939), 278.

nur die Rechtsordnung des Schuldverhältnisses, das Schuldstatut, sein ²³; denn allein diesem Recht kann es zustehen, zu bestimmen, ob das Schuldverhältnis der Sache folgen soll. Ob ein Gläubiger durch den Besitz einer Sache, eines Wertpapiers, als Gläubiger der Schuld legitimiert wird, ob eine Zession durch Übertragung des Wertpapiers erfolgt ist, muß das Schuldstatut bestimmen. Wäre das Sachstatut auch für diese Fragen zuständig, so würde je nach der Lage dieses zum Umlauf bestimmten Papiers, die zu verändern völlig in die Willkür des Gläubigers gestellt ist, die Verkörperung der Verpflichtung schwanken, wechseln, was praktisch unhaltbar und für den Schuldner unerträglich wäre.

Die Frage nach dem maßgeblichen Recht einer Anleihe richtet sich, sowohl bezüglich der Wirkung der Besitzübertragung am Wertpapier auf die verbriefte Forderung als auch bezüglich des Inhalts dieser Obligation, auf das Schuldstatut der Skripturobligation.

III. Der abstrakte Charakter der Skripturobligation bringt es mit sich, daß die theoretische Unsicherheit in der Konstruktion des Grundgeschäftes der Anleihe für die kollisionsrechtliche Betrachtung keine Schwierigkeit bereitet ²⁴. Ob man die Begebung einer Anleihe als Darlehen oder Titelkauf betrachtet, hat keinen Einfluß auf das Wesen der abstrakten Skripturobligation. Dennoch kann die Theorie der Anknüpfung internationaler Anleihen noch nicht als gesichert betrachtet werden, vor allem auch, weil ihr Ergebnis von der Praxis nicht anerkannt wird.

Eine Reihe bedeutender Autoren ²⁵ vertritt die Lehre, daß die Skripturobligation der Inhaberschuldverschreibung als streng einseitiges Rechtsverhältnis, wie alle Rechtsverhältnisse dieser Art, a priori sein Schwergewicht am Wohnort des Anleihennehmers besitzt. Es wird darauf hingewiesen, daß es dabei allein um ein Sollen des Anleihennehmers geht, daß es allein auf die Solvenz des Schuldners, auf die Vollstreckbarkeit der Schuld an seinem Wohnort ²⁶, auf den Schuldort der Verpflichtung ²⁷ ankommt. Die Praxis aber räumt, wie wir sahen, dem Wohnsitz des Anleihennehmers keine so überragende Rolle ein. Bezeichnend scheint mir, daß unter diesen Autoren Jitta ²⁸ und Bar ²⁹ darauf hin-

²³ Frankenstein, op. cit., II 112; Bar, Theorie und Praxis des IPR (Hannover 2. A. 1889), II 125; Meili, Intern. Civil- und HandelsR. (Zürich 1902), II 274; Valéry, Manuel de d. i. p. (Paris 1914), 906 f.

²⁴ Bar, op. cit., II 134; Niederer, op. cit., 275.

²⁵ Bar, op. cit., II 135; Meili, op. cit., II 274; Valéry, op. cit., 906; Lainé, Introduction au d. i. p. (Paris 1888—92), II 266; Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort (Berlin 1907), 149; Jitta, op. cit., II 259; Pillet, Principes de d. i. p. (Paris 1903), no. 209; Diena, Principi di diritto internazionale (Neapel 1910), II 303.

²⁶ Valéry, op. cit., 903 f.

²⁷ Leonhard, op. cit., 149.

²⁸ Jitta, op. cit., II 259.

²⁹ Bar, op. cit., 135.

weisen, daß dem als grundsätzlich maßgeblich betrachteten Indiz des Wohnsitzes des Anleihenschuldners gegenüber aber das Indiz des gemeinsamen Emissions- und Zahlungsorts als wichtiges, ja wichtigeres Indiz postuliert wird, während Valéry³⁰ von der für internationale Anleihen fraglichen Annahme ausgeht, daß ein Auseinanderfallen von Wohnsitz des Anlehennnehmers und Emissionsort eine äußerste Seltenheit darstelle. Diese bemerkenswerten Einbrüche in die Theorie der Maßgeblichkeit der *lex loci debitoris* lassen sich freilich nicht aus den Argumenten herleiten, mit welchen diese Autoren ihren Hauptgrundsatz der *lex loci debitoris* rechtfertigen. Selbst Frankenstein, der sich in weitem Maße für die Maßgeblichkeit des Emissionsortes einsetzt, gibt keine nähere Begründung.

IV. Eine Untersuchung der Situation mit der beim Darlehen entwickelten Methode der Anknüpfung internationaler Lebensverhältnisse in Analogie zu wesentlich ähnlichen nationalen Lebensverhältnissen wird uns die Erklärung und Begründung für die Tatsache bringen, daß der Praxis der Emissionsort als ein entscheidendes Indiz für die Anknüpfung dient.

Schon die Bestimmung dessen, was als nationales Anleihen angesprochen werden darf, weist darauf hin, daß die Skripturobligation nicht ohne weiteres den übrigen einseitigen Rechtsverhältnissen gleichgestellt werden darf: Als nationales Darlehen bezeichneten wir dasjenige Darlehensverhältnis, bei welchem sowohl Mittelpunkt des Darleihers wie des Borgers in der gleichen Sozialsphäre liegen. Der Umstand, daß das Darlehen in einer anderen Sozialsphäre abgeschlossen worden war oder in einer anderen Sozialsphäre faktisch zu erfüllen ist, hat keinen Einfluß auf den nationalen Charakter des Darlehens, so stellten wir fest. Bei der Skripturobligation des Anleihens sollten die Dinge genau gleich liegen, wenn diese nicht eine Sonderstellung einnehmen würde; denn auch beim einseitigen Rechtsverhältnis ist notwendig, daß Mittelpunkt des Schuldners wie des Gläubigers in der gleichen Sozialsphäre liegen, während Abschlußort oder Erfüllungsort in einer anderen Sozialsphäre den national-lokalen Charakter nicht verändern, wenn sie dem Rechtsverhältnis auch internationale Elemente beifügen. Ein wesentlich anderes Bild zeigt sich nun aber bei der Skripturobligation des Anleihens. Damit ein Anleihen als nationales bezeichnet werden kann, genügt nicht, daß sowohl Schuldner wie Gläubiger ihren Wohnsitz in der gleichen Sozialsphäre haben, es ist wesentlich, daß auch der Emissionsort in der gleichen Sozialsphäre liegt. Deutlich kommt dies beispielsweise im oben erwähnten Entscheid des Reichsgerichts³¹ oder in der italienischen Judikatur im

³⁰ Valéry, op. cit., 908.

³¹ Vgl. oben bei N 9.

angeführten Entscheid der Tribunale di Torino ³² zum Ausdruck, wo der gemeinsame Wohnsitz von Anleihsnehmer und Anleihsngläubiger in Deutschland bzw. Italien nicht dazu führt, daß, wie beim Darlehen dies der Fall gewesen wäre, das Gericht deutsches bzw. italienisches Recht als selbstverständlich maßgeblich betrachtete, sondern trotz diesen Indizien in beiden Fällen amerikanisches Recht anwandte, weil die Anleihen in New York begeben worden waren.

Diese Besonderheit, die die einseitige Obligation des Anleihsns von den übrigen einseitigen Rechtsverhältnissen, wie z. B. der Schenkung, trennt, bringt es mit sich, daß Theorie und Praxis weitgehend auseinanderklaffen, denn die Theorie, die die Skripturobligation ganz parallel zu den übrigen einseitigen Rechtsverhältnissen anknüpfen will, berücksichtigt den besonderen Charakter dieser Art einseitiger Rechtsverhältnisse zu wenig.

So ist es für die Schenkung z. B. durchaus richtig, daß allein eine der Parteien, der Schuldner, die Leistung zu erbringen hat, daß der Ort, an welchem das Rechtsverhältnis vereinbart wurde, ebensowenig wie der in einer anderen Sozialsphäre gelegene oder gar alternative Zahlungsort, als rein zufällig, rein zahlungstechnisch, ein maßgebliches Indiz darstellt und demzufolge der Wohnsitz des Schenkers im allgemeinen ein entscheidendes Indiz darstellt. Dennoch hat die Praxis, wie mir scheint völlig zu recht, angenommen, daß selbst dann, wenn der Anleihsnehmer ein Staat ist, wie beispielsweise im angeführten Entscheid des österreichischen Obersten Gerichtshofs ³³ oder des House of Lords ³⁴, ein internationales Anleihen allein durch ein gemeinsames Domizil des Anleihsnehmers noch keine wesentliche Ähnlichkeit zu nationalen Anleihen mit gleichem Domizil des Anleihsnehmers aufweist, die eine analoge Subsumption des internationalen Anleihsns zuließe. Die Auffassung der Theorie, daß im wesentlichen kein Unterschied zwischen einem beispielsweise durch einen in der Schweiz domizilierten Anleihsnehmer in der Schweiz begebenen und hier zu zahlenden Anleihen und einem durch einen in der Schweiz domizilierten Anleihsnehmer in Frankreich placierten, dort zu erfüllenden Anleihen bestehe, erscheint den Gerichten nicht ohne Grund als unrealistisch.

Entscheidend ist, die Skripturobligation nicht einfach als eine der verschiedenen, einseitigen Rechtsverhältnisse zu betrachten, sondern ihre enge Verbindung mit dem Wertpapier als Sache zu beachten. Dadurch wird der eingangs erwähnte Unterschied zwischen Wertpapier als Sache, das dem Sachstatut untersteht, und der Skripturobligation, die dem

³² Vgl. oben bei N 13.

³³ Vgl. oben bei N 11.

³⁴ Vgl. oben bei N 14.

Schuldstatut untersteht, nicht verwischt. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die Verbindung von Skripturobligation und Wertpapier auf die Bestimmung des Schuldstatuts einen wesentlichen Einfluß hat, den die Mehrzahl der Theoretiker wahrscheinlich gerade unter dem Eindruck dieser Differenzierung zwischen Sache und verkörperter Forderung nicht berücksichtigt. Dadurch, daß die einseitige Obligation der Anleihe, des einzelnen Anleihenstitels in einer Sache verkörpert ist und dies zur Erleichterung des Umlaufs der Forderung, erhält die Skripturobligation eine ganz andere funktionelle, wirtschaftliche Bedeutung, als das gewöhnliche, einseitige Rechtsverhältnis wie beispielsweise die Schenkung: Die abstrakte, formalistische³⁵, verkörperte Teilobligation des Anleihens ist zur Hauptsache nicht mehr eine Sollensbeziehung bezüglich einer Leistung des Anleihennehmers, sondern ein zirkulationsfähiger Wertgegenstand, der wie eine Sache gehandelt wird. Wohl liegt letztlich der Wert des Titels in den Leistungen des Schuldners, dennoch treten diese vor der Funktion eines Wertgegenstandes zurück: Wie immer man sich die Begebung der Anleihe konstruieren mag, durch die Abstraktion der Skripturobligation erscheint die Zinsleistung wie die Kapitalauszahlung nicht als Zinsvergütung und Rückzahlung eines Darlehens, sondern als Ertrag eines gekauften Wertgegenstandes, der durch die Auszahlung einfach unter Realisierung seines verbrieften Wertes in Form der Erfüllung der Forderung untergeht. Wer daher im Ausland eine Anleihe auflegt und sie damit in der dortigen Sozialsphäre auf den Markt und in den Umlauf bringt, schafft mit seinen Titeln Wertsachen, die in der dortigen Sozialsphäre als solche gelten sollen und die nur durch die Rechtsordnung, die eine Verkörperung einer Forderung in einem Papier normiert, als Wertsachen gelten können. Es erscheint als natürlich, daß das Recht solcher verkörperter Forderungen dasjenige ist, das in der Sozialsphäre, in welcher der Titel zu normalem Umlauf bestimmt ist, gilt; es liegt keine Verwechslung mit dem Sachstatut vor, weil es nicht auf die *lex rei sitae*, sondern den Ausgabeort ankommt.

Aus diesen Überlegungen erklärt sich die von den Gerichten anerkannte Tatsache, daß sowohl Wohnsitz des Anleihenschuldners, des Anleihensgläubigers, wie auch der Emissionsort in der gleichen Sozialsphäre liegen müssen, damit das Anleihen als nationales angesprochen werden darf. Wesentlich gehört also zum nationalen Anleihen, daß es auch zum wesentlichen, hauptsächlichen Umlauf in der nationalen Sozialsphäre bestimmt ist. Aus diesen Annahmen begründet sich auch die Maßgeblichkeit des Emissionsortes als Indiz der Näherberechtigung internationaler Anleihen, als Indiz des maßgeblichen Rechts: Wenn ein Anleihen über

³⁵ Schnitzer, Handbuch des int. Handels-, Wechsel- und Checkrechts (Basel 1938), 374.

den Rahmen der nationalen Sozialsphäre hinausreicht, indem der in Deutschland domizilierte Anleihensnehmer seine Anleihe in New York auflegt und sie dort von einem in der Schweiz domizilierten Gläubiger gezeichnet wird, so wird der Zweck der verbrieften Obligation, auf dem amerikanischen Effektenmarkt zu zirkulieren, der wesentliche praktische Aspekt sein, unter welchem die Ähnlichkeit des internationalen Rechtsverhältnisses beurteilt wird: Die Ähnlichkeit des internationalen, zur Zirkulation in den USA bestimmten Titelanleihe mit den nationalen, amerikanischen Anleihen, die ebenfalls wesentlich dort zirkulieren, ist größer als die Ähnlichkeit dieser Anleihen zu den deutschen nationalen Anleihen, mit denen es den Sitz des Anleihennhmers gemeinsam hat, während durch den Adhäsionscharakter der einzelnen Partialobligationen zur gesamten Anleihe der Wohnsitz des einzelnen Zeichners oder gar nachmaligen Besitzers keine Bedeutung haben kann.

Letztlich bedeutet diese Anknüpfung an das Recht des normalen Umlaufs der Titel nichts anderes als die gezogene Konsequenz daraus, daß zur Obligation des Anleiheens begriffsnotwendig die Verkörperung in einem Wertpapier, in der überwiegenden Zahl der Fälle in einer Inhaberschuldverschreibung, gehört, daß daher die Obligation abstrakt und formalistisch ausgestaltet ist, um leicht und sicher zirkulieren zu können. Eine Maßgeblichkeit der *lex loci debitoris* oder gar der *lex loci creditoris* auf ein Wertpapier, das zum Umlauf in einem anderen Staat bestimmt ist, das daher möglichst den Gewohnheiten und Sitten des dortigen Anlagemarktes entgegenkommt, würde die Zirkulationsfähigkeit solcher Titel ausländischer Schuldner in weitem Maße beeinträchtigen, weil die Erwerber solcher Titel die maßgeblichen fremden Normen nicht ohne weiteres kennen würden, bzw. das maßgebliche Recht vom einzelnen Anleihensgläubiger abhinge.

Eine Anknüpfung an die *lex loci debitoris* ist dem Anleihen wesensfremd, inadäquat.

Schließlich sei noch kurz auf die Frage der Qualifikation des Begriffs «Emissionsort» eingetreten. Bekanntlich stehen sich verschiedene Wertpapiertheorien gegenüber. So steht der anglo-amerikanische Rechtskreis ³⁶ auf dem Standpunkt der Emissionstheorie, während der deutsch-romanische Rechtskreis der reinen Kreationstheorie ^{37 38} folgt. Wie wir schon beim Darlehen feststellen konnten, bestehen für die wertende An-

³⁶ Bills of Exchange Act 1882 (45 & 46 Vict. c. 61); Uniform Negotiable Instruments Act (sec. 15).

³⁷ Vgl. Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch (Berlin 1938), VII 357 f.

³⁸ Neben weiteren Theorien: Begebungstheorie und Rechtsscheintheorie. Für die Schweiz vgl. Guhl, Schweiz. OR (Zürich 4. A. 1948), 636 f.

knüpfung als nicht-formale Methode keine Qualifikationsschwierigkeiten. In diesem Fall bedeutet Emissionsort nicht ein nach *lex fori* qualifizierter Ort, sondern unabhängig davon kurzweg derjenige Ort, an welchem das Wertpapier faktisch in den Verkehr, den Umlauf kommt. Ob mit diesem faktischen Emissionsort der Emissionsort als Rechtsbegriff der einzelnen Rechtsordnungen übereinstimmt, ist in jedem Falle speziell zu untersuchen ³⁹.

³⁹ Anhangsweise sei hier noch auf die Frage der Staatsanleihen im IPR eingetreten: Ob ein Anleihen, das ein Staat als Anleihensnehmer im Ausland aufgelegt hat, ebenfalls dem Recht des Emissionsortes untersteht, wie dies die neuere Praxis durchwegs annimmt, ist keine Frage des IPR, sondern des Staats- bzw. Völkerrechts. Wird ein solches Anleihen als privatrechtliches Geschäft betrachtet, so ist es den privaten Anleihen gleichzustellen, ist es jedoch kein Geschäft des Privatrechts, so ist es auch nicht Gegenstand des IPR. Eine Änderung des IPR bringt somit dieser Sonderfall nicht mit sich.

3. ABSCHNITT

DIE FRAGEN DES WÄHRUNGSSTATUTS

Vorbemerkung

An die Fragen der Bestimmung des Schuldstatuts als Hauptstatut reihen sich die Fragen nach der Bedeutsamkeit allfälliger Nebenstatute bezüglich einzelner Punkte einer Rechtsbeziehung. Das klassische Beispiel ist das kaum ernstlich angezweifelte Nebenstatut der Erfüllung, die Maßgeblichkeit der *lex loci solutionis* für die eigentliche Erfüllungshandlung.

Die Wirtschaftskrisen seit dem ersten Weltkrieg und die seither stark aktivierte Wirtschaftspolitik haben vor allem bei Darlehen und Anleihen zu neuen und schwierigen Fragen Anlaß gegeben, die im Bereiche des internationalen Privatrechts zur besonderen Aktualität von um ein Nebenstatut kreisenden Fragen führten, das Problem des Währungsstatuts.

1. KAPITEL

DAS MASSGEBLICHE WÄHRUNGSRECHT

I. Bis weit ins 19. Jahrhundert hinein war es nicht selbstverständlich, daß der Währungswechsel eines Staates extraterritoriale Anerkennung bei der Beurteilung von Verträgen, die vor dem Zeitpunkt des Währungswechsels entstanden waren, finden würde¹. Schon Bodin, vor allem aber Pardessus, Massé und noch Wharton² lehnten es ab, daß solche Änderungen des *cours legal* oder die Errichtung eines *cours forcé* und damit überhaupt nachträgliche Währungsänderungen außerhalb des entsprechenden Landes auf Vertragsverhältnisse wirken könnten. «*Legal tender acts not extraterritorial*» erklärt z. B. Wharton programmatisch³. Diese Stellungnahme mag teilweise durch eine mangelnde Unterscheidung zwi-

¹ Melchior, Grundlagen des deutschen IPR (Berlin 1932), 275.

² Bodin, *Six livres de la république* (1576), VI 657; Pardessus, *Cours de dr. commercial* (3. A. 1826), V 271; Massé, *Dr. commercial dans ses rapports avec le droit des gens* (1844), II 170; Wharton-Parmelee, *Treatise on the Conflict of Laws* (Rochester 3. A. 1905), II 1231 f.

³ Wharton-Parmelee, *op. cit.*, II 1231.

schen dem währungsändernden und dem währungsentwertenden Aspekt des *cours forcé* hervorgerufen worden sein ⁴, stammt aber zur Hauptsache davor her, daß man sich die Beziehung zwischen Währungsabrede und entsprechendem Währungsrecht als ein Herrschen, Gelten dieser Normen konstruierte, ein Gedanke, der in gewissem Sinne noch heute etwas nachweht. Das erklärt, daß Pardessus vom Franzosen, der einen Piaster-Vertrag eingegangen ist und eine Währungsänderung nicht annehmen will, erklären zu dürfen glaubt:

«Il ne doit pas fidélité au gouvernement d'Espagne, et ne peut être tenu de croire, sur l'ordre de ce gouvernement, que le papier imprimé portant les mots 'bon pour 5000 piastres' les vaut réellement.» ⁵

Die moderne Theorie und Praxis hat sich eindeutig über dieses Stadium hinausbewegt ⁶, das in unnatürlicher Weise die Konstruktion einer «fiktiven Währung» ⁷ notwendig machen würde. Als Streiffrage ist jedoch die Konstruktion der modernen Vorstellung von der Berücksichtigung nachträglicher Währungsänderungen geblieben, vor allem in der kollisionsrechtlichen Diskussion um das «Währungsstatut».

Die Theorie eines eigentlichen, diese Bezeichnung allein verdienenden Währungsstatuts erklärt, daß das IPR an den faktischen Tatbestand einer Fremdwährungsklausel die Zuständigkeit des fremden Währungsrechtes anknüpft. Sie tritt also für ein besonderes Nebenstatut der Währung ein.

Es erscheint aber fraglich, ob diese Theorie in der Lehre überhaupt vertreten wird und nicht allein die Rolle einer rein heuristischen Antithese zur herrschenden Theorie besitzt. Von den beiden als Vertretern der Währungsstatuts-Theorie bezeichneten Autoren Nußbaum und Neumeyer stehen allein die Ausführungen des ersteren in einer gewissen Nähe zu dieser Theorie ⁸. Aber auch bei Nußbaum ist es fraglich. An der maßgeblichen Stelle erklärt er:

⁴ Verursacht durch die Interpretation des *cours forcé* als Vorschrift des Nominalismus. In Wirklichkeit ist der Nominalismus eine schuldrechtliche Vorschrift und die Entwertung allein auf letztere zurückführbar.

⁵ Pardessus, op. cit., V 271.

⁶ Auch die französische Praxis, trotz anderem Anschein, vgl. unten S. 96.

⁷ Nußbaum, *Das Geld* (Tübingen 1925), 139.

⁸ Neumeyer erklärt, anders als Nußbaum: «Die Währung einer privaten Schuld bedeutet einen Teil des materiellen Inhalts des Schuldverhältnisses, ist eines der Merkmale, die Menge des geschuldeten Wertes zu bezeichnen. Es ist ein Merkmal mit staatlicher und damit möglicherweise mit Auslandsbeziehung, deshalb aber nicht minder von materiellrechtlicher Art.» «Die Frage nach der Währung eines Schuldverhältnisses ist deshalb als solche überhaupt keine Frage des IPR.» Neumeyer, *Intern. Verwaltungsrecht* (München-Zürich 1910—36), III 155; ebenso: derselbe, op. cit., III 169.

«Wer in Dollars kontrahiert, unterwirft sich insofern der Gesetzgebung der USA, allgemeiner gesprochen: wer in einer bestimmten Währung kontrahiert, unterwirft sich unabhängig von der Frage des Vertragsstatuts in Dingen des Geldsystems der Rechtsordnung des Währungsstatuts.»⁹

Dabei folgt etwas weiter unten in einer Anmerkung:

«Dagegen werden Gold- und ähnliche Wertklauseln im allgemeinen dem Währungsstatut nicht unterstellt.»¹⁰

Diese Anmerkung macht deutlich, daß die etwas unglückliche Formulierung der «unabhängigen Unterwerfung» nicht als ein Abstellen auf ein eigentliches Währungsstatut zu verstehen ist: Selbstverständlich hat die amerikanische Gesetzgebung zu bestimmen, was USA-Dollars sind, nicht aber wegen kollisionsrechtlicher Zuständigkeit, nicht weil diese Gesetzgebung auf alle Dollarklauseln kollisionsrechtlich anwendbar wäre, wozu ja auch Golddollar-Klauseln gehören würden, sondern weil die vertragliche Fremdwährungsabrede auf die amerikanische Gesetzgebung verweist, wobei dieser Verweis als Willenserklärung¹¹ vom Obligationsstatut und dessen Parteiautonomie bzw. deren Schranken abhängt. Diese allgemein verbreitete Theorie der nur sekundären, materiellrechtlichen Zuständigkeit des Währungsstatuts, nämlich über das Obligationsstatut¹², erscheint somit auch als Inhalt der umstrittenen Nußbaumschen Theorie. Die späteren Ausführungen dieses Autors in seinem Werk *Money in the Law* müssen durch die verdeutlichende Umgießung in eine andere sprachliche Form alle Zweifel zerstreuen, denn hier erklärt Nußbaum:

«Consequently, 'foreign currency' debts are ordinarily controlled by the 'domestic' or 'local' law rather than by the law of currency. Nevertheless, the latter law does have a certain limited influence. If, for instance, American parties, in an American contract, provide for payment in English pounds, only English law can tell what the 'pound' is and which types of coins and notes constitute the pound currency.»¹³

Daß die Theorie des wirklichen Währungsstatuts nicht vertreten wird, ist nicht erstaunlich. Man hat nur auch hier auf das Grundprinzip der kollisionsrechtlichen Geltung nationaler Normen, den erleuchteten Terri-

⁹ Nußbaum, *Deutsches IPR* (Tübingen 1932), 252.

¹⁰ Nußbaum, *op. cit.*, 252 N 3.

¹¹ Frankenstein, *IPR* (Berlin 1926—35), II 199.

¹² Niederer, *Kollisionsrechtliche Probleme bei internationalen Anleihen*, in: Festgabe für E. Großmann (Zürich 1949), 285, spricht treffend von Über- und Unterordnung von Obligations- und Währungsstatut.

¹³ Nußbaum, *Money in the Law* (New York 1950), 349.

torialismus zurückzugreifen. Gilt jedes Gesetz nur im Rahmen der nationalen Sozialsphäre¹⁴, gelten also auch die Währungsnormen, d. h. diejenigen Normen, die zur Errichtung einer Währung direkt notwendig sind, nur auf Lebensverhältnisse nationaler oder wenigstens analog-nationaler Art, so ist ein Spezialstatut der Währungsnormen, das sich vom Obligationsstatut unterscheiden würde, nicht denkbar: Die Währungsnormen mögen auf Lebensverhältnisse anwendbar sein, die dem gleichen Vertragsstatut unterstehen; Lebensverhältnisse, die aber außer der Währungsklausel keinerlei Indizien eines Zusammenhanges mit einer Sozialsphäre aufweisen, können nicht in den Subsumptionskreis des dortigen Rechts, auch nicht bezüglich des dortigen Währungsrechts fallen. Daß ein in der Schweiz zwischen zwei in der Schweiz Domizilierten vereinbartes, hier auch zu erfüllendes Darlehen durch eine Dollarwährungsklausel wenigstens in Hinsicht auf die Schuldwährung zu einem Phänomen der amerikanischen Sozialsphäre werde, die zu regeln das amerikanische Recht natürlicherweise beansprucht, ist völlig abzulehnen. Mit Recht hat daher das Kammergericht erklärt, durch eine solche Fremdwährungs-Vereinbarung werde die Rechtsordnung der vereinbarten Währung in keiner Weise berührt¹⁵.

Von einer wesentlich anderen Grundvorstellung geht die der «Währungsstatuts»-Theorie gegenüberstehende, herrschende Lehre aus, die dabei selbstverständlich keineswegs leugnet, daß die Währung einer Währungsabrede durch die entsprechenden Währungsgesetze definiert wird. Nach dieser Theorie ist die fremde Währungsgesetzgebung deshalb herbeizuziehen, weil die Parteien auf diese fremde Währungsgesetzgebung, genauer auf eine fremde Währungsordnung, die laufend durch die in Kraft befindlichen Währungsnormen konstituiert wird, verwiesen haben. Die fremde Währung wird also nicht angewandt, weil sie selbst kollisionsrechtlich gilt, sondern weil sie die Parteien als geltend erklärt haben, wie sie auch auf bestimmte fremde Normen bei der Abfassung ihres Vertrages rechtsgeschäftlich verweisen können. Das Besondere, das auch zu einer gewissen Vorsicht bei der Benützung des Begriffs der «lex contractus» mahnt, ist, daß hier nicht auf fremdes Recht als ein feststehendes Sollen, sondern auf ein möglicherweise sich änderndes Sollen bezieht. Die Gemeinsamkeit beider Formen materiellrechtlicher Verweisung ergibt sich daraus, daß kollisionsrechtlich beide Male nicht von einer Normanwendung, sondern von der Berücksichtigung eines Faktums gesprochen werden muß: Die Fremdwährungsklausel ebenso wie die Inkorporation fremder Normen in die Vertragsbestimmungen stellen vertragliche Hinweise auf ein durch fremde Gesetzgebung geschaffenes Faktum dar. Der Rich-

¹⁴ Vgl. oben S. 62.

¹⁵ K. G. 7.3.1935, IPRspr. 1934 Nr. 92 (S 187).

ter wendet nicht fremdes Recht an, es stellt sich ihm daher auch keine kollisionsrechtliche Frage. Wie weit er das herbeigezogene Faktum berücksichtigen soll, hängt allein davon ab, wie weit kraft Parteiautonomie des Obligationsstatuts die Parteien frei über den Inhalt ihres Rechtsverhältnisses bestimmen konnten.

II. Die Bedenken gegen die Vorstellung eines Geltens der Währungsnormen über Währungsklauseln in einem, fremden Obligationsstatut unterstehenden, Rechtsverhältnis, ebenso wie die herrschende Lehre von der materiellrechtlichen Verweisung der Fremdwährungsklausel auf fremdes Währungsrecht, haben ihre Bestätigung und genaue Begründung durch die erkenntnisreichen Bemühungen Neumeyers und Gutzwillers um das Wesen des eigentlichen Währungsrechts gebracht, wobei vor allem Neumeyer scharf nachgewiesen hat, daß von einem Gelten der Währungsnormen überhaupt nicht gesprochen werden kann.

Ausgangspunkt ist die wesentliche Differenzierung zwischen eigentlichen, die Währung konstituierenden Währungsnormen öffentlichrechtlicher Art und den schuldrechtlich wie öffentlichrechtlichen Normen, die nur indirekt als Währungsnorm angesprochen werden dürfen, indem sie allein dem Schutz und der Anwendung der Währung dienen ¹⁶. Die letztere Gruppe spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Die eigentlichen Währungsnormen, die das Geldsystem normieren, also die Normen betreffend die Grundeinheit, deren Verhältnis zu einer Gewichtsmenge Edelmetall, die Bestimmung der Geldzeichen, die Normen über den Annahmewang (cours legal und cours forcé), alle diese Normen ¹⁷ haben als wesentliches Charakteristikum eine besondere rechtliche Struktur gemeinsam: Sie alle sind keine Verhaltensnormen, sondern organisatorische ¹⁸ Normen ¹⁹. Sie bestimmen niemandes Verhalten, sondern konstituieren ²⁰ eine Rechtseinrichtung, die Währung ²¹. Nehmen wir zwei Beispiele aus dem alten BG über das Münzwesen ²². Art. 1 erklärt dort:

¹⁶ Gutzwiller, Geltungsbereich der Währungsvorschriften (Fribourg 1940), 66, unter Übergehung der öffentlichrechtlichen Schutz- und Anwendungsnormen: «So hängt der Geltungsbereich geldrechtlicher Normen zunächst von der Vorfrage ab, ob sie währungsrechtlicher (d. h. hoheitsrechtlicher) oder schuldrechtlicher (d. h. synallagmatischer) Natur sind.»

¹⁷ Gutzwiller nennt sie «Verwaltungsrecht des Geldes», vgl. op. cit., 44.

¹⁸ Burckhardt, Methode und System des Rechts (Zürich 1936), 132 f.

¹⁹ Gutzwiller, op. cit., 66, spricht von institutorischen Normen; Neumeyers Definition in: Neumeyer, op. cit., IV 106, ist dagegen weniger scharf.

²⁰ Neumeyer, op. cit., III 305.

²¹ Gutzwiller, op. cit., 47: «Sie dienen gesamthaft der Errichtung einer Rechtseinrichtung»; ebenso Neumeyer, op. cit., III 125.

²² AS 47, 601.

«Die Münzeinheit ist der Franken zu $\frac{9}{31}$ Gramm Feingold. Ein Kilogramm Feingold entspricht daher $\frac{34444}{9}$ Franken.»

Das ist keine Verhaltensnorm, sondern eine definitorische Norm. Ebenso verhält es sich mit Art. 5:

«Jedermann hat schweizerische Goldmünzen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft unbeschränkt als Zahlung anzunehmen.»

Der Wortlaut ist nur scheinbar derjenige einer Verhaltensnorm. Es geht in Wirklichkeit nicht darum, daß jedermann in der Schweiz die Pflicht hätte, schweizerische Goldmünzen anzunehmen, vorausgesetzt wird vielmehr, daß eine vertragliche Pflicht auf Annahme von Schweizerfranken besteht. Daß aber, wer Gläubiger einer Schweizerfrankenschuld ist, Schweizerfranken als Schuldenerfüllung annehmen muß, ist selbstverständlich, eine Vorschrift in diesem Sinn tautologisch²³. Der Annahmewang bedeutet daher nur eine Vervollständigung der Definition der Währung, bestimmend, was letztlich als schweizerisches Geld, als Schweizerfranken zu betrachten ist.

Neumeyer vertritt nun die Auffassung, daß die das Währungssystem bildenden Normen überhaupt keinen Geltungsbereich aufweisen, weil sie kein Verhalten normieren²⁴. Normen, die kein Verhalten normieren, gelten nicht, man kann sie nur benützen, sich auf sie beziehen. Gutzwiller gelangt vom gleichen Ausgangspunkt zwar zu einem dem Wortlaute nach verschiedenen Ergebnis, aber nur scheinbar, denn verfolgt man seine Argumente konsequent, so münden sie schließlich gleichfalls in die Neumeyersche Theorie ein. Gutzwiller erklärt:

«Während die währungsrechtlichen Vorschriften regelmäßig institutorisch, also ohne persönlichen Geltungsbereich sind, kommt den schuldrechtlichen regelmäßig, dem persönlichen Charakter des Obligationenrechts entsprechend, zunächst kein räumlicher Geltungsbereich zu.»²⁵

«Von ‚räumlicher‘ Geltung wird also hier (bei den institutorischen Normen) nur im Rahmen des Gegenständlichen gesprochen werden können.»²⁶

Scheinbar stellt hier Gutzwiller den räumlichen Geltungsbereich dem persönlichen und dem «gegenständlichen» Geltungsbereich gegenüber mit

²³ Burckhardt, Das Geld, ZbJV 71 (1935), 8.

²⁴ Neumeyer, op. cit., IV 106; III 125, 284: «Jedoch dies Gefüge von Rechtsätzen, aus dem sich die Währung aufbaut, hat keine Geltung im Raum, es ist da und verlangt als solches von niemandem ein Verhalten.»

²⁵ Gutzwiller, op. cit., 66.

²⁶ Gutzwiller, op. cit., 30.

dem Sinn, daß eine Norm nicht für die Personen innerhalb eines bestimmten physikalischen Raums, sondern direkt für bestimmte Personen oder dann für durch Beziehungen zu «Gegenständlichem» bestimmte Personen gelte. In Wirklichkeit hat der Autor den Begriff «persönlicher Geltungsbereich» in zwei verschiedenen Bedeutungen verwendet: Spricht er von Verhaltensnormen, dann bedeutet «persönliche Geltung» Geltung einer Norm für bestimmte Personen. Lehnt er dagegen die «persönliche Geltung» institutorischer Normen zu Gunsten «gegenständlicher Geltung» ab, so hat hier «persönliche Geltung» den Sinn von Geltung überhaupt, nicht allein den Sinn von persönlicher, im Gegensatz zu räumlicher Geltung. Die «persönliche Geltung» institutorischer Normen fehlt im Gegensatz zum Fehlen «persönlicher Geltung», z. B. im Sachenrecht allein deshalb, weil diese Normen niemandes Verhalten normieren. Gelten sie aber selbst für niemanden, dann besitzen sie keinen Geltungsbereich²⁷. Ein «gegenständlicher Geltungsbereich», ein über z. B. sachlich bestimmten persönlichen Geltungsbereich hinausgehendes «Gelten» für Gegenstände ist als rechtliche Vorstellung undenkbar und nur in der Naturwissenschaft möglich. Was sich bei Gutzwiller hinter diesem «gegenständlichen Geltungsbereich» verbirgt, ist nichts anderes als die formelle Geltung der Normen, die der kollisionsrechtlichen völlig fern steht: Die schweizerische Währung gilt nicht in der Schweiz, denn sie hat keinen Geltungsbereich, wohl aber ist sie eine schweizerische Einrichtung, weil sie der schweizerischen Gesetzgebung entsprungen ist.

III. Besitzt das «Verwaltungsrecht des Geldes» keinen Geltungsbereich, weil es eine Einrichtung darstellt, so wird auch die kollisionsrechtliche Frage seiner Anwendbarkeit nicht aktuell. Die Vertragsparteien können eine Einrichtung nur benützen, sich durch Willenserklärungen auf sie beziehen, können diese Währungsnormen als Vertragsrecht inkorporieren, wie es auch die Praxis des Bundesgerichtes²⁸ annimmt.

Darauf baut die herrschende Lehre auf, die ein besonderes Währungsstatut ablehnt, und die das maßgebliche Währungsrecht sekundär, nämlich über das Obligationsstatut und den Willen der Parteien heranzieht. Währungsänderungen, Währungswechsel werden dabei deshalb berücksichtigt, weil sie Teil der bezogenen Einrichtung darstellen, indem dieses Beziehen schon ein selbständiges Bestehen einer solchen Einrichtung voraussetzt²⁹ und es dem Staat freisteht, den Inhalt seiner Einrichtung zu ändern. Wollen die Parteien dies nicht in Kauf nehmen, wollen sie sich also nicht auf diese Einrichtung beziehen, so steht es den Parteien im

²⁷ Bezüglich des Art. 5 altes BG über das Münzwesen als Beispiel für einen «Geltungsbereich» einer institutorischen Norm, vgl. bei N 23.

²⁸ BGE 53 II 82.

²⁹ Neumeyer, op. cit., III 121.

Rahmen materieller Parteiautonomie frei, einen eigenen Wertmaßstab zu schaffen, indem sie beispielsweise nur einzelne, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltende fremde Währungsnormen inkorporieren. Hier haben sich die Parteien nicht auf eine fremde Währung bezogen, ein Wechsel der fremden Währung wird diese Vereinbarung deshalb auch nicht berühren.

Ist das fremde Währungsrecht nur als inkorporierte *lex contractus*, nicht aber als *lex pecuniae* heranzuziehen, hat es kollisionsrechtlich nur die Bedeutung eines Faktums, auf das sich der materiellrechtliche Parteiwille bezieht, so kann damit die Anwendung dieser Normen im Rahmen der materiellrechtlichen Parteiautonomie nicht verweigert werden, auch nicht durch *ordre public*. Auch *cours forcé*-Vorschriften sind daher extraterritorial anwendbar.

2. KAPITEL

DAS KOLLISIONSRECHT DER GOLDKLAUSELGESETZGEBUNG

I. Es herrscht in Literatur und Gerichtsentscheiden eine ebenso verbreitete wie mißverständliche Gewohnheit, unter den Sammelbegriff «Währungsrecht», mit dessen kollisionsrechtlichen Aspekten wir uns im vorangehenden Kapitel auseinandersetzen, auch die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Aufhebung und das Verbot von Goldklauseln³⁰ zu zählen. Demgegenüber muß mit dem Bundesgericht³¹ deutlich festgehalten werden, daß die Goldklauselgesetzgebung³² zwar eng mit Währungsmaßnahmen³³ verknüpft ist und weitgehend³⁴ währungspolitische Hintergründe aufweist, daß nichtsdestoweniger diese Gesetze nicht währungskonstituierende³⁵, sondern eigentlich schuldrechtliche Normen

³⁰ Unter Goldklauseln sind hier nur Goldwertklauseln verstanden und berücksichtigt, da Goldmünzklauseln als qualifizierte Währungsklauseln zu betrachten sind und die Gerichte universal nach kurzem Schwanken zur Praxis übergegangen sind, Goldklauseln als Goldwertklauseln zu interpretieren entsprechend der vom Int. Gerichtshof im Haag 1928 formulierten Erkenntnis: «Traiter la clause-or comme si elle indiquait une pure modalité de paiement sans référence à un étalon de valeur serait, non pas l'interpréter, mais la détruire.» Publ. Perm. Court (1928) Serie A. Nos. 20/21.

³¹ BGE 64 II 88, 94.

³² Soweit sie sich mit Goldklauseln und nicht allein mit der Aufhebung des *cours légal* der Goldmünzen befaßt.

³³ Vorab Aufhebung des Goldstandards.

³⁴ Für die Joint Resolution vgl. Nußbaum, Comparative and International Aspects of American Gold Clause Abrogation, 44 Yale L. J. (1934), 59.

³⁵ «Vom Standpunkt des IPR können die Goldklauselgesetze nicht etwa als

darstellen und sich damit kollisionsrechtlich anders verhalten als die eigentlichen Währungsnormen.

Goldwertklauseln sind ein besonderes Mittel, einen Schuldinhalt dem Umfange nach zu bestimmen, nämlich mittelst der Kaufkraft einer Quantität Gold³⁶. Die Bedeutung dieser Vereinbarung liegt darin, daß im Gegensatz zu den Währungsklauseln, die nominell interpretiert werden, die «Sachwertklauseln» valoristisch verstanden werden müssen, weil sie nicht auf eine Schuldwährung (*monnaie du contrat*) lauten, sondern auf den Wert einer Sache, was den gewünschten Schutz gegen Währungsschwankungen bietet. Die Goldklauseln werden, wie Nußbaum richtig bemerkt, abgeschlossen, «weil der Gläubiger . . . sich damit gerade von der Währung unabhängig machen will»³⁷ und weisen auch keine Beziehung zu einer Währung auf. Daran vermag die verbreitete Übung, nach welcher die maßgebliche Goldmenge nicht direkt in Gewichtseinheiten fixiert wird, sondern indirekt über den Verweis auf das Gewicht einer bestimmten Anzahl von Goldmünzen eines Währungssystems, nichts zu ändern. Es bleibt die Goldwertklausel dennoch frei von jedem Zusammenhang zu einer Währungseinrichtung, denn hier wird nur, zum Zweck der Bestimmung der Goldmenge, eine Norm, die den Goldstandard einer Währung bestimmt, inkorporiert, nicht aber auf ein ganzes Währungssystem als einer Rechtseinrichtung verwiesen. «Dieser Goldstandard spielt nur die Rolle einer Vertragsklausel, er dient dazu, unveränderliche und endgültige Definition des genauen Wertes der Verpflichtung des Anleihenschuldners zu geben . . .»³⁸ Entsprechend können die Normen betreffend die Aufhebung und das Verbot der Goldklauseln (Goldwertklauseln) nicht währungsrechtlich sein: Ein solches künftiges bzw. rückwirkendes Verbot von Goldwertklauseln bedeutet keine Währungsänderung, sondern eine Beschränkung der materiellrechtlichen Parteiautonomie bezüglich der freien Bestimmung des Schuldinhalts, indem es den Parteien die rechtsgeschäftliche Normierung valoristischer Bestimmung des Umfanges einer Schuld verbietet bzw. schon getroffene Vereinbarungen in diesem Sinne aufhebt. Dabei darf man sich durch die Formulierung der Goldklauselgesetze nicht irreleiten lassen. Wenn diese, wie im berühmten Beispiel der «Congressional Joint Resolution of June 5, 1939»

«währungsrechtlich» angesehen werden . . .», Nußbaum, Geld, 177. Ebenso derselbe in: IPR, 257; Jacqueline Reiss, *Portée intern. des lois interdisant la clause-or*, Thèse Paris 1936, 103.

³⁶ «This is an agreement . . . to pay at the due date a sum equal to the then value of the gold coin specified.» Cheshire, *Private Intern. Law* (Oxford 3. A. 1948), 339.

³⁷ Nußbaum, Geld, 177.

³⁸ Sauser-Hall in seinem Gutachten über die schwedische Staatsanleihe mit Goldklauseln vom 10.6.1934, in: Plesch, *Die Goldklausel* (Wien 1936), 69, 76.

der amerikanischen Legislative ³⁹ dem Anschein nach eine Änderung des *cours légal* unter Gleichsetzung von Golddollar und Papierdollar anordnen, einen *cours forcé* einführen:

«Every obligation, heretofore or hereafter incurred, whether or not such provision ⁴⁰ is contained therein or made with respect thereto, shall be discharged upon payment, dollar for dollar, in any coin or currency which at the time of payment is legal tender for public and private debts.»

so darf dies nicht dazu führen, daß man übersieht, daß bei einer Gold-dollar-Wertklausel wie bei jeder Wertklausel nicht das wie, sondern das wieviel in Golddollars bestimmt wurde, weil es nämlich auf die Goldmenge der Münzen ankam, daß also gar keine Golddollar zu leisten waren, an deren Stelle nun Papierdollars treten könnten. In Wirklichkeit liegt ganz einfach eine Schuldreduktion vor ⁴¹, deren Umfang dermaßen bestimmt wurde, daß man die bisherige, durch Golddollarmünzgewicht bestimmte valoristische Schuld zu einer nominellen Papierdollarschuld reduziert, die Goldklausel in eine Währungsklausel umwandelt. Der Inhalt der Schuld, nicht die Währung, ist damit verändert worden, denn eine Golddollar-Wertklausel bezieht sich nicht auf die amerikanische Währung, sondern hat nur den Goldwertmaßstab nach amerikanischen Goldstandard-Normen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses definiert.

II. Alle auf zwingendem Recht beruhenden Schranken der rechtsgeschäftlichen Freiheit stellen «Schranken der Widerrechtlichkeit» dar ⁴², die den widerrechtlichen Vertragsinhalt für ungültig erklären ⁴³. Die Frage der Gültigkeit einer Goldwertabrede gehört kollisionsrechtlich daher zum Fragenkomplex des auf die Widerrechtlichkeit eines Schuldverhältnisses anwendbaren Rechts, eine Frage, die vor allem im anglo-amerikanischen Rechtskreis seit je eingehend unter dem Stichwort «*illegality*» gepflegt wurde.

In Rule 160 erklärt Dicey grundsätzlich:

«The essential validity ⁴⁴ of a contract is (subject to the exceptions

³⁹ Public-Resolution Nr. 10, 73 rd. Congress, Sess. I ch. 48; 48 Stat. 112 (1933); 31 U.S.C.A., sec. 463 (1935); abgedruckt und übersetzt in: ZauslPR 7 (1933), 489.

⁴⁰ Goldklausel (Goldwertklausel).

⁴¹ Wolff, Intern. Private Law (Oxford 1945), 477.

⁴² Oftinger, Gesetzgeberische Eingriffe ins Zivilrecht, ZSR NF 57 (1938), 501a.

⁴³ Vgl. z. B. v. Tuhr-Sieglwart, OR (Zürich 2. A. 1942), I 236 f.

⁴⁴ Dieser in der Literatur des Common Law etwas schwankende Terminus (vgl. Colocassides, Validité «intrinsèque» des contrats dans le droit anglais de conflit de lois, Revue critique 39 [1950], 529 f.) bedeutet an dieser Stelle «Vertragsgültigkeit», vgl. Dicey, Conflict of Laws (London 5. A., herausgeg. von Keith, 1927), Appendix Note 22, 911.

hereinafter mentioned) governed indirectly by the proper law of the contract.»⁴⁵

und interpretiert damit die englische Rechtsprechung in dem Sinne, daß die Frage der «illegality» durch das Obligationsstatut geregelt werde, indem nach Rule 161⁴⁶ auch die Interpretation und die Wirkungen des Vertrages dem «proper law of the contract» unterstellt werden⁴⁷. Die Ausnahmen dieser Grundregel, auf welche Dicey verweist, haben für unsere Frage keine Bedeutung. Die Ausnahme Nr. 1⁴⁸ bezieht sich auf den *ordre public* und ist demnach keine eigentliche Ausnahme⁴⁹, indem, um ein Wort Kahns zu gebrauchen, der *ordre public* auf dem gesamten Gebiet des IPR absoluter Herrscher ist⁵⁰. Den Ausnahmen Nr. 2 und 3⁵¹ gegenüber ist mit Rabel⁵² festzustellen:

«the pertinent question is not whether the ‚making‘ or the ‚performance‘ of a contract is prohibited, but whether or not the contract is valid and enforceable by the applicable law, which is the law governing the contract as a whole.»

Rabel und noch eingehender Mann⁵³ haben denn auch nachgewiesen, daß die für die Ausnahmen Nr. 2 und 3 angeführten *leading cases* *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar*⁵⁴, *In re Missouri Steamship Co.*⁵⁵, *The Torni*⁵⁶ keineswegs eindeutig sind, sondern wohl einer Interpretation, die sich allein auf Diceys Grundsatz stützt, näher stehen. Die Autorität eines *Cheshire*⁵⁷ hat dieser Ansicht weitgehend ausdrücklich beigegeben.

Der in Dicey Rule 148 zum Ausdruck gelangte Grundsatz der Maßgeblichkeit des Obligationsstatuts bezüglich Fragen der «illegality» kann, über alle Divergenzen bezüglich dessen, wie das Obligationsstatut zu bestimmen sei, hinweg, als im Common Law allgemein anerkannt betrachtet

⁴⁵ Dicey-Keith, op. cit., 608.

⁴⁶ Dicey-Keith, op. cit., 623.

⁴⁷ Was Dicey dabei als «proper law», als Obligationsstatut betrachtet, interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Es wird denn auch im weiteren völlig unberücksichtigt gelassen, daß die Autoren, die die «illegality» dem Obligationsstatut zuschreiben, das Obligationsstatut verschieden anknüpfen.

⁴⁸ Dicey-Keith, op. cit., 613.

⁴⁹ Ebenso F. A. Mann, *Proper Law and Illegality in Private International Law*, 18 BYBIL (1937), 99.

⁵⁰ Kahn, *Abhandlungen zum IPR* (München 1928, Neudruck), I 165.

⁵¹ Dicey-Keith, op. cit., 616 und 618.

⁵² Rabel, *The Conflict of Laws* (Chicago 1945—50), II 535.

⁵³ Mann, op. cit., 103 f.

⁵⁴ (1920) 1 K. B. 614; aff. (1920) 2 K. B. 287.

⁵⁵ (1889) 42 Ch. D. 321, 336 per Lord Halsbury.

⁵⁶ (1932) P. 27, 78, 88 per Greer L. J.

⁵⁷ *Cheshire*, op. cit., 347 N 2, 348 f.

werden, ein Grundsatz, dem schon Story anhing⁵⁸ und der heute u. a. von Cheshire⁵⁹ und dem Restatement⁶⁰ anerkannt wird, die sich alle um einen engen Anschluß an ihre Rechtssprechung bemühen. Dieser eingehenden Behandlung gegenüber steht die kontinentale Lehre, die das Problem nicht besonders berücksichtigt, sondern die Unterstellung unter das Obligationsstatut stillschweigend und selbstverständlich vollzieht, was immerhin in der Rechtssprechung zum Ausdruck kommen muß⁶¹. Die überwiegende Anhängerschaft der Unterstellung der Fragen der Vertragsgültigkeit unter das gleiche Statut wie die Fragen der Vertragswirkungen läßt sich, wie Schnitzer⁶² zu Recht betont, vernünftigerweise kaum bekämpfen, auch wenn man für das äußere Zustandekommen eines Vertrages die *lex loci contractus* anwendet, wie dies die schweizerische Praxis tut⁶³.

Die Frage der Gültigkeit einer Goldklausel als eine Frage der Vertragsgültigkeit, der Schranken der materiellrechtlichen Parteiautonomie hat demnach ebenfalls vom Obligationsstatut entschieden zu werden.

Dahin geht auch die herrschende Meinung, vertreten durch Niederer, Schnitzer, Sauser-Hall, Perroud, Hamel, Rabel, Nußbaum, Wolff, Raape, Domke, Cheshire, Wortley⁶⁴, unterstützt von einer großen internationalen Judikatur in diesem Sinn. In der Schweiz hat sich das Bundesgericht in BGE 64 II 88 deutlich zur Maßgeblichkeit des Obligationsstatuts und zur ausdrücklichen Ablehnung des Währungsstatuts bekannt.

⁵⁸ Story-Bigelow, *Commentaries on the Conflict of Laws* (Boston 8. A. 1883), 325, 327.

⁵⁹ Cheshire, *op. cit.*, 345 f.

⁶⁰ *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, American Law Institute (St. Paul 1934), § 332, sec. e) und f).

⁶¹ Frankreich: Perroud, *De la loi applicable aux conditions de validité des contrats*, Clunet 1933, 289 f., insbes. 295.

Deutschland: Gutzwiller, IPR, in: Stammeler, *Gesamtes dt. R.* (Berlin 1931), 1615; Lewald, *Dt. IPR* (Leipzig 1931), 241 f.; Haudek, *Bedeutung des Parteiwillens im IPR* (Berlin 1931), 46 N 9.

Eingehende Untersuchung der schweizerischen Judikatur bei Moser, *Vertragsabschluß, Vertragsgültigkeit und Parteiwillen im int. OR* (St. Gallen 1938), 21 f. — Rechtssprechung anderer Länder vgl. Moser, *op. cit.*, 90 f.

⁶² Schnitzer, IPR (Basel 3. A. 1950), II 576.

⁶³ Fritzsche, *Örtliche Rechtsanwendung . . .*, ZSR NF 44 (1925), 229a f.

⁶⁴ Niederer, *op. cit.*, 287; Schnitzer, *op. cit.*, II 674; Sauser-Hall, *op. cit.*, 75 f.; Perroud, Clunet 1923, 837 f.; Hamel, NRDIP IV (1937), 507; Rabel, ZausIPR 10 (1936), 493, und *Conflict of Laws*, III 35; Nußbaum, Geld, 178, und IPR 257 und Money 423; Wolff, IPR (Berlin 2. A. 1949), 138, und *Intern. Private Law*, 478; Raape, IPR (Berlin 3. A. 1950), 341 f.; Domke, *Intern. Loans and the Conflict of Laws* (London 1937), 7; Cheshire, *op. cit.*, 344; Wortley, *Gold clause*, 17 BYBIL (1936), 112, 129.

«Aus der Bedeutung der Goldklausel als einer den Leistungsinhalt bestimmenden Vertragsabrede ergibt sich vielmehr, daß sie grundsätzlich dem Obligationsstatut untersteht.» ⁶⁵

Berühmt sind auch die gleichlautenden Entscheide des House of Lords in *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders* ⁶⁶, des schwedischen Obersten Gerichtshofes im Fall *Skandia* gegen Reichsschuldenkontorent ⁶⁷ und des niederländischen Hooge Raad in Sachen der «Bataafsche» ^{68 69}. Auf den Sonderfall der französischen Rechtsprechung ist sogleich zurückzukommen.

III. Mit einer diametral verschiedenen Theorie begegnet der hier vertretenen Auffassung allein Gutzwiller ⁷⁰. Nach ihm weisen auch die Goldklauselgesetze den Charakter institutorischer Normen auf, denen der Autor, wie schon im vorangehenden Kapitel angezweifelt, einen kollisionsrechtlichen Geltungsbereich zuschreibt und damit die Frage der Gültigkeit einer Goldklausel dem Währungsstatut unterstellt wissen will.

Von größerem Interesse ist hier eine ebenfalls etwas abweichende Theorie Neumeyers. Nach diesem Schriftsteller weist zumal ein Teil der Goldklauselgesetzgebung rein territorialen Charakter auf. Neumeyer geht aus von der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Goldklauselgesetzgebung, eine Unterscheidung, die er offensichtlich im Sinne der Interessentheorie trifft ⁷¹: Soweit die ratio einer Goldklauselgesetzgebung dem Schutz des Schuldners vor Überlastung und somit Individualinteressen dient, betrachtet auch er im Sinne der herrschenden Lehre das Obligationsstatut als maßgeblich ⁷². Er sieht nun aber häufig hinter der Goldklauselgesetzgebung eine ratio, die ausgeprägt öffentlichen Interessen dient, nämlich dem Schutz der staatlichen Währungseinrichtung, und schreibt diesen Normen öffentlich-rechtlichen Charakter zu ⁷³. Für diese Goldklauselgesetze postuliert Neumeyer nun eine Ausnahme dahin gehend, daß diese Normen absolut terri-

⁶⁵ BGE 64 II 88, 95.

⁶⁶ (1937) A. C. 500 (House of Lords), 18 BYBIL (1937), 219.

⁶⁷ Högsta domstolen 30.1.1937, ZauslPR 11 (1937), 286, H: 1937, 1 f.

⁶⁸ H. R. 13.3.1936.

⁶⁹ Aus der großen Zahl weiterer gleichgerichteter Entscheide seien genannt: RG 6.10.1933, JW 1933, 2583; RG 28.5.1936, ZauslPR 10 (1936), 385 (ordre public); OGH 10.7.1936, ZauslPR 11 (1937), 269; OGH 1.6.1937, Bulletin 37 (1937), 245; Höjesteret (Dänemark) 13.12.1934, ZauslPR 9 (1935), 280; Trib. Turin 7.7.1934, ZauslPR 9, 202; Norweg. Oberstes Gericht 8.12.1937, Bulletin 38 (1938), 71.

⁷⁰ Gutzwiller, op. cit., 70.

⁷¹ «Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.» (Ulpian, 1.1, § 2, D. 1, 1.)

⁷² Neumeyer, op. cit., III 344.

⁷³ Neumeyer, op. cit., III 339 f.

torialen Charakter besäßen, wozu gehört, daß fremde Gerichte solche Normen einfach ignorieren dürfen ⁷⁴. Er bewegt sich damit offensichtlich in den Bahnen seines Grundsatzes ⁷⁵, daß das öffentliche Recht nur Grenznormen ⁷⁶, keine Kollisionsnormen kenne, indem jedes Gericht nur danach fragt, ob das öffentliche Recht der *lex fori* anwendbar sei. Dieser allgemein anerkannte Grundsatz ⁷⁷, den Neumeyer einer wertvollen, bedeutsamen Rationalisierung unterworfen hat ⁷⁸, und der ohne Zweifel der Praxis der Gerichte, z. B. der Strafgerichte, entspricht, ist sicherlich am rechten Platz angewandt unbestreitbar. In unserem Fall jedoch erheben sich unüberwindliche Bedenken, wenn man sich auf ihn berufen will. Einmal hängt die Gültigkeit dieses Grundsatzes davon ab, wie man das öffentliche Recht definiert. Wenn hier auch nicht Raum ist für längere Ausführungen bezüglich dieses vielumstrittenen Gebietes, so mag doch darauf hingewiesen sein, daß heute das öffentliche Interesse weit ins Zivilrecht hineinragt, sodaß Burckhardt ⁷⁹ rundweg zwingendes und öffentliches Recht identifizieren will. Eine Ausdehnung des Grundsatzes von Neumeyer in solcher Weise wäre aber untragbar und würde in Widerspruch zur Praxis und zum Gedanken des IPR stehen. M. E. gilt der Neumeyersche Grundsatz über die Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts nur insoweit, als man den Begriff des öffentlichen Rechts so eng faßt, daß alle diejenigen Normen, an denen zwar ein öffentliches Interesse besteht, die aber Privatrechte erzeugen oder bestehende ändern, kollisionsrechtlich betrachtet nicht zum öffentlichen Recht zählen ⁸⁰, worunter auch die öffentlichrechtliche Goldklauselgesetze fallen. Eng damit zusammen hängt auch ein weiterer Einwand: Im Falle der Goldklauselgesetzgebung «öffentlichrechtlicher» Art geht es um eine Berücksichtigung «öffentlichen Rechts» durch den Zivilrichter, der öffentliches Recht über das Zivilrecht, über die *lex causae*, anwendet. Der Richter hat sich in diesem Fall gar nicht mit dem kollisionsrechtlichen Geltungsbereich der «öffentlichrechtlichen» Goldklauselgesetze zu befassen. Er wendet nicht direkt «öffentliches Recht» an, vielmehr befaßt er sich mit diesem nur insoweit, als das maßgebliche Recht sich darauf bezieht ⁸¹. Wenn also z. B. vor dem italienischen Zivilrichter ein Darlehen mit schweizerischem Obligationsstatut zur Frage steht, so wird der italienische Richter höchstens dadurch auf schweizerisches «öffentliches Recht»

⁷⁴ Neumeyer, *op. cit.*, III 343.

⁷⁵ Neumeyer, *op. cit.*, III 108, IV 115.

⁷⁶ D. h., einseitige Kollisionsnormen.

⁷⁷ Vgl. BGE 46 II 490, 495; Rabel, *Conflict*, II 562; Melchior, *op. cit.*, 267.

⁷⁸ Neumeyer, *op. cit.*, IV 115 f., 120.

⁷⁹ Burckhardt, *Methode*, 170 f.

⁸⁰ Betr. die Methodik dieser Qualifikation vgl. Cook, *Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (Cambridge, Mass. 1949), 154 f.

⁸¹ Melchior, *op. cit.*, 267.

verwiesen, weil OR 20, eine Norm der *lex causae*, bezüglich der Gültigkeit des Vertrages nicht selbst die Schranken der Vertragsgültigkeit umschreibt, sondern u. a. auf das «öffentliche Recht» seiner Rechtsordnung verweist. Angewandt wird allein Zivilrecht, verwirklicht allein die zivilrechtlichen Wirkungen öffentlichen Rechts: Es wird ein Rechtszustand, ein Faktum berücksichtigt, weil das maßgebliche Obligationsstatut dies berücksichtigt haben will.

Auch öffentlichrechtliche Goldklauselgesetze ändern am Grundsatz der Maßgeblichkeit des Obligationsstatuts und der Berücksichtigung fremder Goldklauselgesetze durch den Richter nichts, abgesehen von Fällen der Wirkung des *ordre public*.

Angesichts des Gewichts, das der reichlich vieldeutige Begriff der Territorialität im französischen Kollisionsrecht vor allem seit dem ersten Weltkrieg ⁸² besitzt ⁸³, vermag es nicht sehr zu erstaunen, wenn in der französischen Rechtssprechung zur Goldklauselfrage Anklänge an die von Neumeyer vertretenen Gedanken wahrgenommen werden. Dennoch sind diese Anklänge fragwürdig. So interpretiert Jacqueline Reiss ⁸⁴ die französischen Entscheide in dieser Materie bis 1936 dahin, daß die Gerichte hier Arminjons Theorie der Territorialität der «lois politiques et fiscales» ⁸⁵ gefolgt sei, derzufolge diese Gesetze außerhalb ihres nationalen Territoriums nicht von Gerichten anerkannt werden mußten. Die Verbindungen dieser Theorie zu den Ausführungen Neumeyers sind deutlich. Dennoch, obwohl die Autorin es ausdrücklich ablehnt, in der französischen Praxis die Anwendung des *ordre public*-Gedankens zu sehen, muß darauf hingewiesen werden, daß die romanische Schule ⁸⁶ des *ordre public* ein weites Feld von «lois d'ordre public» kennt, deren Wesen darin besteht, territorialen Charakter aufzuweisen, sei es nun in absolutem oder relativem Sinn. Die von Jacqueline Reiss als Autorität herangezogenen Entscheide der Tribunal civil de la Seine ⁸⁷, die beide in verwandter Formulierung feststellen:

«Attendu que le cours forcé, mesure prise dans l'intérêt national, est restreint au territoire de la nation qui l'institue et ne suit pas les valeurs circulant à l'étranger;»

⁸² J. Donnedieu de Vabres, *Evolution de la Jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle*, Thèse Paris 1937, 409 f.

⁸³ Sowohl im Sinne einer Verbesserung des IPR, wie im Sinne eines erhöhten Nationalismus, vgl. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, 413.

⁸⁴ J. Reiss, *op. cit.*, 108 f.

⁸⁵ Arminjon, *Précis de dr. i. p.* (Paris 2. A. 1927—34), II 368 und derselbe, *Lois politiques et le dr. i. p.*, *Revue* 30, 385.

⁸⁶ Vgl. Kahn, *Abhandlungen zum IPR*, I 224 f.

⁸⁷ Trib. civ. Seine 31.5.1933 (J. Reiss, *op. cit.*, 123 f.); Trib. civ. Seine 27.3.1935, *Bulletin* 33 (1935), 103.

lassen durchaus beide Interpretationen zu. Die späteren französischen, ebenso wie spätere Entscheide belgischer und ägyptischer Gerichte, die in dieser Sache der französischen Rechtssprechung nahe stehen, bringen aber den Ausschlag zu Gunsten der Annahme, es handle sich um Urteile im Sinne des *ordre public* und nicht einer ganz grundsätzlichen Verneinung extraterritorialer Bedeutung der Goldklauselgesetze. Schon das Urteil der *Cours de Bruxelles* vom 5.2.1936 ⁸⁸ erklärt bezüglich der Golddollaranleihe der Stadt Antwerpen mit ausdrücklicher Wahl des Rechts des Staates New York als Obligationsstatut:

«Attendu qu'à supposer qu'elle ⁸⁹ rentre néanmoins parmi les lois de police et de sûreté (notion encore imprécise), il en résulterait, qu'elle est territoriale, en sens que, dans le pays qui l'a édictée, elle s'applique sans aucune exception, mais non qu'elle ne pourrait jamais s'imposer au respect du juge étranger . . . ; »

«Attendu qu'il importe de marquer qu'en l'espèce le juge belge n'est pas fondé à appliquer sur son propre territoire la loi américaine, mais à reconnaître l'empire de cette loi sur le territoire pour lequel elle a été édictée, les obligations litigieuses étant nées dans l'Etat de New York et devant y être exécutées dans la monnaie de cet Etat; que saisir par suite d'une règle de compétence, il ne pourrait sans contradiction, après avoir constaté que le Joint Resolution est applicable sans aucune restriction sur le territoire des Etats-Unis, refuser d'en ordonner l'application sur ce même territoire;»

Eindeutig vertritt hier das belgische Gericht die Theorie des *ordre public* relatif, derzufolge auch die sog. «lois d'ordre public» von fremden Gerichten angewandt werden müssen, soweit sie keine wesentlichen Wirkungen auf das Gebiet des Staates des *forum* ausüben ⁹⁰. Den Gedanken einer absoluten und grundsätzlichen Nichtanwendbarkeit dieser Normen durch den fremden Richter verwirft das Gericht ausdrücklich. In gleicher Weise zeigen dies die trotz ihrer noch verbliebenen Unsicherheit doch geläuterten Entscheide des *Tribunal civil de la Seine* vom 16.11.1938 ⁹¹ bezüglich der Anleihen der *Messageries maritimes* und des *Tribunal de commerce de la Seine* vom 23.6.1939 ⁹², ebenso wie der Entscheid des *Tribunal mixte d'Alexandrie* vom 14.5.1938 ⁹³. Der Fall der Anleihe der *Messageries maritimes* ist schließlich im Jahre 1950 vor die *Cour de Cassation* gelangt ⁹⁴ und hat dieser zu einem entscheidenden Urteil im

⁸⁸ *Gazette du Palais*, 14 mars 1936.

⁸⁹ Die Joint Resolution.

⁹⁰ Vgl. u. a. Schnitzer, op. cit., I 223.

⁹¹ *Bulletin* 40 (1939), 98.

⁹² *Bulletin* 41 (1939), 285.

⁹³ *Bulletin* 40 (1939), 95.

⁹⁴ *Cass. civ.* 21.6.1950, *Revue critique* 39 (1950), 609.

Sinne unserer Interpretation Anlaß gegeben ⁹⁵: Das höchste Gericht hat sich eindeutig dafür ausgesprochen, daß seine Nichtanwendung des fremden (kanadischen) Goldklauselgesetzes eine Anwendung des französischen «ordre public international» darstelle.

Ob dagegen das Anrufen des ordre public in diesen Fällen wirklich eine gesunde Praxis darstellt, ist eine Frage, auf die wir hier nicht eintreten können, bezüglich welcher wir uns nur Batiffol anschließen wollen, der in seiner Note zu dem erwähnten, bedeutsamen Entscheid der Cour de Cassation festgestellt hat:

«Si sur la question de méthode, l'arrêt du 21 juin 1950 apporte ainsi une contribution précieuse à ces problèmes difficiles, sa solution au fond nous laisse quelques regrets.» ⁹⁶

3. KAPITEL

DIE AUFWERTUNG KOLLISIONSRECHTLICH BETRACHTET

I. Die sich mit dem kollisionsrechtlichen Aspekt der Aufwertung befassende Praxis des Bundesgerichts wurde durch den Entscheid BGE 51 II 303 aus dem Jahre 1925 eröffnet. Das Charakteristikum dieses Urteils besteht darin, daß das Gericht in ihm nicht bis zur entscheidenden kollisionsrechtlichen Fragestellung durchgedrungen ist, indem es in der Fremdwährungsabrede der Parteien auch einen Verweis auf die Aufwertungsgesetzgebung dieses Staates sieht, ohne sich dabei zu fragen, ob die Aufwertungsnormen zu den institutorischen Währungsnormen gezählt werden können. Aus diesem Grund ist es dem Bundesgericht entgangen, daß seine in diesem Fall aufgestellte Theorie

⁹⁵ Vgl. die Note Batiffols zu diesem Entscheid (Revue critique 39[1950], 611 f.): «Quand à la méthode, la Cour de cassation dissipe une équivoque qui pesait depuis plus de vingt ans sur la jurisprudence française. Celle-ci s'est en effet fixée, rapidement et fermement sur ce que les clauses-or, interdites en temps de cours forcé, ne le sont que pour les 'règlements internes' et non les 'règlements internationaux' ... Mais il s'agit là d'une règle de droit français, et plusieurs auteurs ont fait observer depuis longtemps qu'avant de la faire jouer, il aurait fallu, en bonne méthode, déterminer si la loi française était applicable au contrat sauf l'intervention éventuelle de l'ordre public. Mais les tribunaux, ... appliquaient la règle française sans se préoccuper de la loi applicable au contrat. La Cour de cassation a été ainsi amenée à prendre parti sur le problème de principe et elle a consacré la thèse d'après laquelle la solution française ne saurait s'appliquer directement, mais seulement au titre de l'ordre public faisant échec à la loi étrangère qui gouverne le contrat.»

⁹⁶ Revue critique 39, 612.

«Wenn die Parteien, indem sie in Mark kontrahierten, auf das deutsche Währungsrecht als Vertragsrecht verwiesen haben, so kann in dieser Verweisung bei Auslegung nach Treu und Glauben (ZGB Art. 2) auch eine Beziehung auf das in das Währungsrecht eingreifende deutsche Aufwertungsrecht gefunden werden, die es dem schweizerischen Richter hier gestattet, das letztere zwar nicht als objektives Recht, wohl aber aus dem Gesichtspunkt der *lex contractus* heranzuziehen.»⁹⁷

eine reine Fiktion darstellt, deren Auflösung auf Nußbaums Theorie der Aufwertung als eines Umrechnungskurses hinausläuft, eine Anschauung, die unvereinbar scheint mit der bundesgerichtlichen Umschreibung der Aufwertung als einer «Maßnahme des Verlustausgleichs»⁹⁸. In BGE 53 II 76 sind denn auch diese beiden bundesgerichtlichen Vorstellungen aufeinandergeprallt und haben das Gericht zur scheinbaren Inkonzsequenz einer Aufwertung nach schweizerischem Recht veranlaßt, obwohl die Parteien sich in Mark vereinbart hatten: Bei der Aufwertung einer Markrente, die bei einer Versicherungsgesellschaft in der Schweiz abgeschlossen worden war, erklärt das Gericht, das deutsche Aufwertungsrecht sei deshalb nicht anwendbar, weil es die Frage der Verlustverteilung von deutschen Verhältnissen aus regle, die in casu nicht zur Frage stünden, und wendet darauf rundweg schweizerisches Recht an. Nachdem die Parteien eine Fremdwährung vereinbart hatten, hätte das Bundesgericht konsequenterweise nach seiner Theorie nur deutsches Recht anwenden können, hätte also, nachdem das gesetzliche Aufwertungsrecht nicht anwendbar war, sich nach dem deutschen richterlichen Aufwertungsrecht umsehen müssen, ganz abgesehen davon, daß es erstaunlich ist, daß das Gericht bei diesem so deutlichen Fall nicht dazu gedrängt wurde zu erkennen, daß das Aufwertungsrecht wie jedes Schuldrecht für die nationale Wirtschaft geschaffen worden war und nicht als Bestandteil des Währungsrechts, sondern als Teil des Obligationsstatuts angewendet werden wollte⁹⁹. Doch finden wir dennoch auch die nachfolgenden Entscheide 54 II 314 und 57 II 368 durch die mangelnde Tiefe

⁹⁷ BGE 51 II 303, 308.

⁹⁸ BGE 53 II 76, 82.

⁹⁹ Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat vor allem Reichel (Markaufwertung nach schweizerischem Recht, ZSR NF 48 [1929], 170 f.) die Währungstheorie kritisiert, wobei aber zu betonen ist, daß dies nicht das entscheidende Argument darstellt, weil es vom zufälligen Wortlaut des Aufwertungsgesetzes abhängt; wohl aber weist es auf die praktische Schwierigkeit hin, die sich daraus ergibt, daß das Aufwertungsrecht Schuldrecht ist, nicht die Währungseinrichtung, sondern die Rechtsverhältnisse normieren will. Diese Tatsache wird aber nur deutlich, wenn man sich fragt, ob das Aufwertungsrecht Schuld- oder Währungsrecht ist.

der ersten Entscheidung in diesem Punkt beeinträchtigt. Erst in BGE 57 II 596, offenbar unter dem Einfluß der erwähnten Kritik Reichels an dieser Praxis, hat das Bundesgericht den erlösenden Schritt getan, die grundsätzliche Frage angeschnitten und nun programmatisch die ohne Zweifel richtige Lösung aufgestellt:

«Ist also davon auszugehen, daß die Frage nach der Aufwertung ausschließlich vom schweizerischen Recht¹⁰⁰ beherrscht wird, . . .»¹⁰¹

Wobei es folgende Begründung vorausschickt:

«Allein, als eigentliches, jede Schuld in früherer Mark unmittelbar beherrschendes Währungsgesetz kann das deutsche Aufwertungsgesetz nicht angesprochen werden, das zur Bestimmung der Leistungspflicht in neuer Währung nicht auf ein fixes Verhältnis zwischen alter und neuer Währung abstellt, sondern zunächst auf den Schuldgrund, ja bisweilen sogar auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners abstellt . . .»¹⁰²

Damit hat das Bundesgericht die Nußbaumsche Währungstheorie ausdrücklich verworfen und sich dem Grundsatz angeschlossen, daß für die Aufwertung das Vertragsstatut maßgeblich sei. Leider ist dieser Entscheid der letzte geblieben, sodaß man ihn nicht durch Anwendung des gleichen Grundsatzes in einem weiteren Urteil bestätigt sieht. Dennoch hat das Bundesgericht in diesem Entscheid so grundsätzlich Stellung bezogen, daß man sicherlich darin die maßgebliche Stellungnahme des Bundesgerichts sehen darf. Dies umsomehr, als sich dieser Entscheid in eine große ausländische Judikatur im gleichen Sinne einreihen läßt. So hat sich in einem sehr klaren Urteil, dem leading case *Anderson v. Equitable Life Assurance Society*¹⁰³ der englische Court of Appeal zur «Schuldtheorie» bekennt unter aphoristisch scharfer Umreißung der Lage durch *Atkin L. J.*:

«it is the debt that is valorized and not the currency.»

Ebenfalls nach dem Vertragsstatut aufgewertet haben der österreichische Oberste Gerichtshof, so in seinem Entscheid vom 12.3.1930¹⁰⁴, der holländische Hooge Raad¹⁰⁵, der schwedische Högsta domstolen (Höchster

¹⁰⁰ Als Vertragsstatut.

¹⁰¹ BGE 57 II 596, 599.

¹⁰² BGE 57 II 598.

¹⁰³ (1926) 42 T. L. R. 302; weitere Entscheide: In *Re Schnapper*, *Westminster Bank Ltd. v. Schnapper*, (1936) 1 All. E. R. 322 und *Kornatzki v. Oppenheimer*, (1937) 4 All. E. R. 133.

¹⁰⁴ JW 1930, 2480; weiterer Entscheid: OGH 11.9.1929, JW 1929, 3519.

¹⁰⁵ H. R. 2.1.1931, *Nederlandsche Jurisprudentie* 1931, 274; für weitere Entscheide unterer Instanzen vgl. *ZauslPR* 6 (1932), 856.

Gerichtshof)¹⁰⁶, gleichfalls in Entscheiden von etwas fragwürdiger Bedeutung die obersten Gerichte Polens, der Tschechoslowakei und Ungarns¹⁰⁷. Sowohl aus den USA, wo nur erstinstanzliche Entscheide ergangen sind¹⁰⁸, wie aus Belgien und Italien¹⁰⁹, sind keine maßgeblichen Entscheide bekannt. Die französische Praxis geht wiederum mit Hilfe des *ordre public* eigene Wege, so in einem Entscheid der Cour de Cassation des Jahres 1924¹¹⁰ ¹¹¹. Allerdings erscheint hier die Anwendung des *ordre public* noch weniger haltbar als im Falle der Goldklauselverbote¹¹². Ohne daß sich ein positives Ergebnis hinter dieser Anwendung der Vorbehaltsklausel verbirgt, stellen diese französischen Entscheide m. E. nur den Ausdruck des «spectacle d'une crise qui se développe dans l'incertitude générale et au milieu d'un certain désordre des esprits», wie J. Donnedieu de Vabres¹¹³ in seiner umfassenden Arbeit die Epoche der französischen Rechtssprechung im IPR zwischen den beiden Weltkriegen genannt hat. Seine weiteren Ausführungen mögen die richtige Erklärung dieser Praxis darstellen:

«A la faveur des hésitations de la doctrine, et faute de principes assurés, . . . les tribunaux usent des moyens les plus divers et les plus insolites pour appliquer la loi française . . . ; telle décision, qui paraît dater du temps de l'Exégèse par la technique de ses motifs, s'explique par la volonté de faire prévaloir la *lex fori*; il ne faut point prêter trop d'importance au raisonnement qui la justifie.»

Einzig das Reichsgericht hat in einzelnen Entscheiden¹¹⁴ nach dem Währungsstatut aufgewertet. Es fällt dies nicht allzu schwer ins Gewicht, da diesen Entscheiden eine große Zahl neutralisierender Urteile¹¹⁵ gegenüberstehen, die sich für die Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts aussprechen. Diese schwankende deutsche Praxis spiegelt wesentlich die Diskussion in der deutschen Lehre wider. Die hauptsächlich

¹⁰⁶ Vorab Entscheid H 1930: 507, vgl. Michaeli, IPR (Stockholm 1948), 321 f.

¹⁰⁷ Vgl. Nußbaum, Money, 358 N 85, 86.

¹⁰⁸ Vgl. die Mitteilungen von Blumenthal und Großmann, JW 1929, 470 bzw. 1621.

¹⁰⁹ So keine Erwähnung bei Ascarelli, Währungsrechtliche Fragen in der ital. Rechtssprechung, ZauslPR 2 (1930), 793 f.

¹¹⁰ D. 1924.1.41.

¹¹¹ Eingehende Auseinandersetzung mit dieser Praxis bei: Witenberg, Décrets-lois polonaises de valorisation des dettes . . . et l'ordre public franç., Clunet 56 (1929), 591 f.

¹¹² Ebenso Nußbaum, op. cit., 358 N 87.

¹¹³ Donnedieu de Vabres, op. cit., 409 f.

¹¹⁴ RG 5.3.1928, RGZ 120, 277, 279; RG 9.2.1932, JW 1932, 583.

¹¹⁵ Zusammenstellung der großen Flut solcher Entscheide findet sich bei Melchior, op. cit., 300 N 1.

theoretische Diskussion dieser Frage ist denn auch von deutschen Autoren und am klassischen Beispiel des deutschen Aufwertungsrechts der 20er Jahre geführt worden.

II. Gegen die vor allem von Melchior und Schlegelberger¹¹⁶ vertretene Schuldtheorie, nach der das Obligationsstatut in der Frage der Aufwertung maßgeblich ist, sind aus zwei Richtungen Einwände erhoben worden, die beide auf die Maßgeblichkeit des Währungsstatuts hinauslaufen. In eigentlichem Gegensatz zur Schuldtheorie wurde die Währungstheorie, vor allem von Nußbaum¹¹⁷, vertreten. Nußbaum ist für die Auffassung eingetreten, die Aufwertung sei ein Phänomen der Währung, sie stelle die Anwendung eines «Umrechnungskurses» dar; auf alle Fälle lasse sie sich in ihren Wirkungen von einem Umrechnungskurs einer neuen Währung praktisch nicht unterscheiden. Als Umrechnungskurs hätte dann das Aufwertungsrecht den Charakter von institutorischen Normen, die anzuwenden wären, wenn die Parteien die entsprechende Währung gewählt hätten. Diese Theorie geht aber an der Tatsache vorbei, daß weder die richterliche noch die gesetzliche Aufwertung z. B. im klassischen Fall Deutschlands eine einheitliche war. Die Umrechnungskurs-Theorie mag man vertreten, wenn generell alle bisherigen Schulden in gleicher Weise aufgewertet werden. Bei einer Aufwertung, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aufwertet und somit individuell im Einzelfall oder für bestimmte typische Fälle¹¹⁸ aufwertet und dabei die alten Äquivalenzverhältnisse der Interessen im Synallagma billigerweise wieder herzustellen trachtet, liegen die Verhältnisse aber ganz anders. Hier wird eindeutig aus dem Vertrag heraus aufgewertet, stellt die Aufwertung eine Erscheinung des Schuldrechts dar. Wie sollte ein Umrechnungskurs beschaffen sein, wenn es dabei auf die Art der Rechtsverhältnisse oder gar auf die finanziellen Verhältnisse der Beteiligten ankommt.

«Does that imply that the meaning of the term Reichsmark is different in the different cases, that the inscription ,1000 RM‘ on a Reichsbanknote changes its meaning according to the use made of the note?»

erklärt Wolff¹¹⁹ plastisch. Es erscheint offenbar, daß in diesem Fall, und darunter gehört eindeutig die deutsche richterliche wie gesetzliche Aufwertung, die Obligation, nicht die Währung aufgewertet wird. In der

¹¹⁶ Melchior, op. cit., 295 f.; Schlegelberger, Aufwertung im IPR, ZausIPR 3 (1929), 869 f.; Frankenstein, op. cit., II 106 f.

¹¹⁷ Nußbaum, Geld, 143; IPR, 225; Bilanz der Aufwertungstheorie (Tübingen 1929), 36.

¹¹⁸ Schlegelberger, op. cit., 875.

¹¹⁹ Wolff, Intern. Private Law, 474.

Zeit vor der Stabilisierung einer Währung hätte eine solche «Umrechnung» auch gar keinen Sinn als Währungsmaßnahme, ist die Währung aber stabilisiert, so braucht es keine Maßnahmen zur Verbesserung der Währung, ganz abgesehen davon, daß Aufwertung im Gegenteil die Stabilisierung einer Währung gefährdet, indem dadurch automatisch die Umlaufgeschwindigkeit des Geldes erhöht wird. Nußbaum hat selbst in seinem neuesten Werk seinen früheren Standpunkt preisgebend ausgeführt:

«Revaluation is a phenomenon not of money but of debts.»¹²⁰

In einer interessanten differenzierteren Theorie nimmt auch Neumeyer gegen die Schuldtheorie Stellung. Er lehnt zwar Nußbaums Anschauung der Aufwertungsgesetze als Währungsrecht ab¹²¹, will aber dennoch am Währungsstatut festhalten. Dieser Autor tritt somit für ein Sonderstatut der Aufwertung ein. Die vereinbarte Währung soll als Anknüpfungsmoment der Aufwertungsnormen gelten, denn, so erklärt er:

«der Zweck, dem die Einrichtung zu dienen hat, wirkt auf den Geltungsbereich nach Privatrecht und nach Verwaltungsrecht. Eben das ist auch die Tatsachenlage bei der Aufwertung.»¹²²

«Währung und Aufwertung gehören zusammen. Es ist die Not der eigenen Währung gewesen, die in Aufwertungsstaaten dazu geführt hat, die Folgen des Nennwertgrundsatzes zu durchbrechen.»¹²³

Der schwache Punkt dieser Begründung tritt zu Tage, wenn wir zwei weitere Zitate aus diesem Zusammenhang folgen lassen:

«Aber freilich, wenn nunmehr nach dem Geltungsbereich solcher Mehrleistungsvorschriften gefragt wird: Sie begründen wohl schuldrechtliche Verpflichtungen, aber Verpflichtungen besonderer Art, nicht aus den Bedürfnissen des Kaufvertrages oder des Darlehens heraus, sondern aus dem Schicksal der Währung.»¹²⁴

«Denn die Aufwertung dient nicht dem Schutz der Währung als einer staatlichen Einrichtung, sondern sie soll den Gläubiger schützen.»¹²⁵

Die beiden letzteren Zitate würde man zu Unrecht als widersprüchlich betrachten, denn nur in der Synthese dieser beiden Sätze treten die Bahnen der Neumeyerschen Argumentation frei ans Licht. Sicherlich hat der Zweck eines Normkomplexes Einfluß auf den Geltungsbereich im kollisionsrechtlichen Sinn. Neumeyer verwechselt aber den Zweck eines Ge-

¹²⁰ Nußbaum, Money, 875.

¹²¹ Neumeyer, op. cit., III 354.

¹²² Neumeyer, op. cit., III 369.

¹²³ Neumeyer, op. cit., III 370.

¹²⁴ Neumeyer, op. cit., III 355.

¹²⁵ Neumeyer, op. cit., III 372 N 84.

setzes und seinen Anlaß. Er betont ja selbst, und dies ist unzweifelhaft richtig, daß die Aufwertung nicht dem Schutz der Währung, sondern des Gläubigers dient. Was dann noch für Beziehungen zur Währung des Aufwertungsstaates verbleibt, ist rein historisch: Eine Aufwertung mag inaugurirt worden sein angesichts des Zerfalls der eigenen Währung, aber dies ist völlig zufällig, ja ein Aufwertungsgesetz mag sich ausdrücklich auf die Aufwertung von Verträgen in Eigenwährung beschränken, auch das ist kollisionsrechtlich zufällig, denn es ist nicht eine Frage der Anwendbarkeit, sondern eine Frage der Ortsbeziehung, wie das Kahn genannt hat ¹²⁶, und es ist selbstverständlich, daß jede kollisionsrechtlich anwendbare Norm nur soweit gilt, als sich aus ihrer Auslegung ergibt. Die Aufwertung erfolgt zum Gläubigerschutz der eigenen Sozialsphäre, wobei es wenig Bedeutung haben kann, durch welche Währungsentwertung der Gläubiger bedroht ist, wenn auch die Entwertung der eigenen Währung die Hauptgefahr darstellen mag. Selbstverständlich wird nicht aus den «Bedürfnissen» der Schuldverhältnisse, sicherlich aber auch nicht aus dem «Schicksal» der Währung aufgewertet. Aufgewertet wird aus dem Bedürfnis von Treu und Glauben und verwandten Billigkeitserwägungen. Zweck des Aufwertungsrechts bleibt der Lastenausgleich der Vertragsparteien unter unvorhergesehenen, neuen Umständen, ohne daß dadurch ein Sonderstatut gerechtfertigt wäre.

Neumeyer hat seine Position bezüglich der richterlichen Aufwertung nicht aufrecht erhalten, indem er eine richterliche Aufwertung nach Vertragsstatut für möglich erklärt ¹²⁷. Wir haben schon zuvor festgestellt, daß zwischen richterlicher und gesetzlicher Aufwertung kollisionsrechtlich kein Unterschied besteht.

III. Dabei kann die Maßgeblichkeit des Schuldstatuts nicht nur negativ im Wege der Ablehnung des Währungsstatuts befürwortet werden, Schlegelberger ¹²⁸ hat vielmehr sehr klar auch in positiver Weise die Gründe dargelegt, nach denen sich die Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts erklärt: Die Geldschuld mit ihrer Währungsabrede verweist bezüglich des Leistungsumfanges bei nominalistischer Interpretation auf einen Rechtszustand. Ändert sich dieser Rechtszustand während des Bestehens des Rechtsverhältnisses, so entsteht damit die Interpretationsfrage, ob diese Veränderung zu berücksichtigen sei, eine Frage der Vertragsinterpretation und der Vertragsergänzung. Interpretation und Ergänzung eines Vertrages stehen aber nach eindeutiger Lehre dem Obligationsstatut zu. Schon die nominalistische Interpretation der Währungsklausel erfolgt nach Schuldstatut und bedeutet, daß normale Wertschwankungen

¹²⁶ Kahn, op. cit., II 162, näheres II 173 f.

¹²⁷ Neumeyer, op. cit., 372 N 84.

¹²⁸ Schlegelberger, op. cit., 873 f.

des Geldes nicht berücksichtigt werden müssen (Schwankungen der Wertmesserfunktion des Geldes ¹²⁹), daß also Änderungen dieser Art nicht rechtlich bedeutsam seien. Schwankungen der Wertmesserfunktion des Geldes im Ausmaß der völligen Zerstörung der praktischen Wertträgerfunktion ¹³⁰ des Geldes aber stellen eine ganz neue Situation dar, auf die der Nominalismus keine Antwort gibt und wo daher nach Treu und Glauben geurteilt werden muß. Selbstverständlich muß auch diese Interpretation des Vertragsverhältnisses nach dem Obligationsstatut vorgenommen werden: Es geht auch hier darum, ob und wie die Parteien erfüllen müssen.

¹²⁹ Müller, Währung und Recht, ZSR NF 43 (1924), 95a.

¹³⁰ Müller, op. cit., 96a; Henggeler, Abwertung des Schweizerfranken und ihre Wirkung auf Zivilrechtsverhältnisse, ZSR NF 57 (1938), 193a.

LEBENS LAUF

An den Iden des März 1929 in Zürich geboren, besuchte ich hier die Primarschule und das Freie Gymnasium.

Nach einem achtsemestrigen Studium an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich promovierte ich am 23. Januar 1954 zum Doktor iuris utriusque.

